



Spis treści

ARTYKUŁY

Reinhard Zimmermann

- 3 **Wyzwania dla Europejskiego Instytutu Prawa**

Jerzy Stelmach

- 17 **Czy interpretacja prawnicza może być gwarantem pewności prawa?**

Bartosz Brożek

- 23 **Pewność prawa jako stabilność strukturalna**

Robert Stefanicki

- 30 **Domniemanie decydującego wpływu spółki dominującej na zachowania antykonkurencyjne spółek zależnych**

Marcin Romanowski, Karol Dobrzeński

- 43 **Aktualne problemy obowiązywania i stosowania dekretów PKWN**

Piotr Szewo

- 60 **O pojęciu globalnego prawa administracyjnego**

RECENZJE

Robert Jastrzębski

- 78 **Recenzja książki Marzenny Paszkowskiej *Nauka prawa karnego w środowisku „Gazety Sądowej Warszawskiej” (1873–1918)***

SPRAWOZDANIE

Konrad Zacharzewski

- 82 **IV Ogólnopolski Zjazd Cywilistów, Toruń 24–25 czerwca 2011 r.**

ORZECZNICTWO

Krzysztof Kozłowski

- 85 **Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne**

Anna Michalak

- 89 **Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej**

Anna Chmielarz, Jarosław Sułkowski

- 95 **Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu**

Paweł Wiliński

- 104 **Przegląd orzecznictwa – prawo karne**

Andrzej Skoczylas (red.), Jan Olszanowski, Wojciech Piątek

- 111 **Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne**

Jerzy Pisuliński (red.), Michał Kućka, Katarzyna Pałka

- 116 **Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne**



Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje
następujące teksty:

- 1) **artykuły** – materiały powinny mieć objętość do 60 000 znaków. Do artykułu powinno być dołączone krótkie streszczenie w języku angielskim (maksymalnie 1500 znaków).
- 2) **recenzje** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem recenzji do redakcji. Recenzje powinny mieć objętość do 9000 znaków.
- 3) **głosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas nie stanowiące przedmiotu zainteresowania judykatury. Głosy powinny mieć objętość do 30 000 znaków.

Prosimy także o dołączenie zdjęcia oraz krótkiej notki biograficznej o autorze (imię i nazwisko, stopnie i tytuły naukowe oraz zawodowe, dorobek naukowy, zajmowane stanowiska).

Materiały należy przysyłać w formie elektronicznej na adres: redakcja@forumprawnicze.eu.

Teksty składane do redakcji podlegają wewnętrznej procedurze oceny, po zakończeniu której autor otrzymuje decyzję o przyjęciu albo odrzuceniu tekstu.



FORUM PRAWNICZE

Numer 6 (8) | Listopad 2011
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X
Nakład: 400 egzemplarzy

WYDAWCA

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Dobra 27/35
00-344 Warszawa

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący: prof. Cezary Mik
prof. Bartosz Brożek
prof. Zbigniew Cieślak
prof. Wojciech Dajczak
prof. Tomasz Giaro
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier
prof. Małgorzata Korzycka-Iwanow
prof. Jarosław Majewski
prof. Marek Michalski
prof. Artur Nowak-Far
prof. Aurelia Nowicka
prof. Krystyna Pawłowicz
prof. Jerzy Pisuliński
prof. Michał Romanowski
prof. Grażyna Skąpska
prof. Andrzej Skoczylas
prof. Jerzy Stelmach
prof. Bogdan Szlachta
prof. Piotr Tuleja
ks. prof. Krzysztof Warchałowski
prof. Paweł Wiliński

ZESPÓŁ REDAKCYJNY

Redaktor naczelny: prof. Lech Morawski
Zastępca redaktora naczelnego: prof. Wojciech Dajczak
Sekretarz redakcji: mgr Krzysztof Szczucki
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier
prof. Piotr Tuleja
dr Leszek Bosek
dr Michał Królikowski
dr Marcin Romanowski
dr Adam Szafrąński

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Anna Kowalik
Skład: Janusz Świnarski
Przekład streszczeń: Anna Paszek
Projekt graficzny: item:grafika

ADRES REDAKCJI

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Dobra 27/35
00-344 Warszawa
www.forumprawnicze.eu
redakcja@forumprawnicze.eu

DZIAŁ SPRZEDAŻY

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Dobra 27/35
00-344 Warszawa
www.forumprawnicze.eu
biuro@forumprawnicze.eu



Reinhard Zimmermann

Wyzwania dla Europejskiego Instytutu Prawa*

Reinhard Zimmermann

Urodził się 10 października 1952 r. w Hamburgu. Od roku 2002 jest dyrektorem Instytutu Maxa Plancka w Hamburgu, który zajmuje się porównawczym i międzynarodowym prawem prywatnym. Pełni funkcję przewodniczącego Sekcji Nauk Humanistycznych i Społecznych Towarzystwa Maxa Plancka. Od roku 2008 jest także profesorem Bucerius Law School w Hamburgu. Wyrazem autorytetu naukowego R. Zimmermanna i poziomu oddziaływania jego dorobku są doktoraty honorowe przyznane mu przez uniwersytety w Chicago (1997), Aberdeen (2002), Maastricht (2006), Lund (2007), Kapsztadzie (2006), Edynburgu (2007), Lejdzie (2007), Stellenbosch (2009) i Montrealu (2010). Profesor R. Zimmermann jest zagranicznym członkiem: Królewskiej Holenderskiej Akademii Sztuki i Nauki, Królewskiego Towarzystwa w Edynburgu, Akademii Nauk w Turynie, Austriackiej Akademii Sztuki i Nauki, All Souls College w Oksfordzie i Nowozelandzkiej Fundacji Badań Prawnych. Jest także członkiem kilku niemieckich towarzystw naukowych.

Challenges for the European Law Institute

This is the text of a speech given on the occasion of the Inaugural Congress of the European Law Institute in Paris on 1st June 2011. It attempts to familiarize the audience with essential features of the Institute and it does so by highlighting a number of specific challenges facing it. These challenges arise, inter alia, from the Institute's ambition to be comprehensive with regard to legal professions, legal disciplines and legal traditions. Specific attention is devoted to the notion of legal tradition(s) and the relationship between law and language. Finally, the position of the European Law Institute vis-à-vis other existing "networks" and organizations, official organs of the European Union and other organizations worldwide aiming at the harmonization of law, is highlighted. Throughout the speech, a reference is made to the American Law Institute and a question is asked to what extent it can serve as a model for the European Law Institute.

I. Paryż rok 1900

„Czy z racji tego, że istnieje

* Przemówienie zostało wygłoszone w języku angielskim na Kongresie Założycielskim Europejskiego Instytutu Prawa dnia 1 czerwca 2011 r. w Paryżu. W wersji oryginalnej zostanie opublikowane w „Edynburgh Law Review”. Przekład na język polski przygotował Jan Andrzejewski, doktorant w Katedrze Prawa Rzymskiego i Historii Prawa Sądowego UAM w Poznaniu. Autor wyraża podziękowanie profesorowi Wojciechowi Dajczakowi i Tłumaczowi za starania w celu udostępnienia tekstu czytelnikom języka polskiego.

nieodparte dążenie do pogłębienia zagadnień prawnych i legisłacyjnych, może lub też musi istnieć także nauka, która miałaby na celu nie tylko obserwowanie tego dążenia pochodzącego z natury i od człowieka, lecz nauka, która miałaby zagadnienia te usystematyzować i uporządkować oraz – gdyby była taka możliwość – mieć na nie wpływ? Nauka ta, jeśli istnieje i jeśli może istnieć, nie będzie metodą porównawczą ani też metodą prawa porównawczego, ale nauką prawa porównawczego w prawnym tego

słowa znaczeniu” – oto jak Raymond Saleilles opisał temat przewodni Międzynarodowego Kongresu Prawa Porównawczego, który odbył się w 1900 roku w Paryżu. Było to dokładnie 4 sierpnia, podczas sesji zamykającej. Jego przemówienie, zakończone emocjonalnym wezwaniem o „umiłowanie humanizmu, prawa oraz sprawiedliwości” przyjęto ze szczególnym aplauzem.

Kongres w Paryżu z 1900 roku jest powszechnie uznawany za inspirację do wyodrębnienia prawa porównawczego jako szczególnej dyscypliny lub też dziedziny nauki prawa. Uważam, że dziś można powiedzieć, iż prawo porównawcze rzeczywiście tętni życiem i intelektualnie pobudza naukę, a wizja, która inspirowała Raymonda Saleilles’a, Eduarda Lamberta i innych mówców Kongresu, przynajmniej w pewnym stopniu stała się rzeczywistością. Według Lamberta jednym z zadań nauki prawa porównawczego była międzynarodowa unifikacja prawa. „Akcja unifikacyjna przypisana prawu porównawczemu... to po prostu stopniowe zacieranie przypadkowych różnic pomiędzy przepisami poszczególnych narodów tej samej cywilizacji” – mówił. Myśl ta wzbudziła wiele pytań. Czy różnice dzielące poszczególne systemy prawne współczesnych państw rzeczywiście są przypadkowe? Czy komparatyści mają koncentrować się jedynie na aktach prawnych? Czy unifikacja prawa jest tak samo pożądana na wszystkich jego obszarach? Te oraz wiele innych pytań towarzyszą nam do dziś. Niemniej jednak prawo porównawcze z zapałem podjęło się zadania, by przygotować grunt pod unifikację systemów prawnych, zarówno w wymiarze globalnym, jak i europejskim. Na przestrzeni ostatnich dwóch dekad widoczny jest znaczny postęp w dziedzinie europeizacji nauki prawa. Powstała już pokaźna biblioteka europejskiego dorobku: monografie, podręczniki, zbiory kasusów oraz czasopisma – i to we wszystkich dyscyplinach prawnych. Obecnie najbardziej charakterystyczną oznaką żywotności nauki prawa porównawczego w ramach idei europeizacji jest tworzenie się nowych i rozrastanie się już istniejących międzynarodowych grup badawczych. Wiążąca się z tym interakcja przyniosła wyraźną zmianę w mentalności, szczególnie młodszej generacji prawników.

II. Paryż rok 2011

Wszyscy zdajemy sobie sprawę z symbolicznego znaczenia Paryża, miejsca gdzie dziś odbywa się kongres inaugurujący powstanie nowej inicjatywy, gromadzącej prawników z różnych krajów. Paryż przywołuje wspomnienia tego, co zostało określone mianem „pięknej epoki (*belle époque*) prawa porównawczego”, kiedy to nasi poprzednicy, przepełnieni idealizmem, poszukiwali środków, by przezwyciężyć prawny i polityczny nacjonalizm. Jednocześnie jednak to miejsce przypomina także o przepaści, jaka obecnie dzieli nas od celów i założeń postawionych 111 lat temu, od wyrażonych wówczas odczuć i wzniesłego języka.

Nowa inicjatywa – której kongres inauguracyjny właśnie się odbywa – to Europejski Instytut Prawa (*European Law Institute*, ELI). Na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat wielokrotnie sugerowano, czy wręcz nawet zaczęto się domagać realizacji tego przedsięwzięcia. Głosy te pojawiały się zwłaszcza w kontekście dostrzeganych strukturalnych niedoborów, spowalniających proces harmonizacji prawa w Europie. Potrzeba ta dała asumpt do powstania Towarzystwa na rzecz Europejskiego Instytutu Prawa (*Association for a European Law Institute*, ELIA) oraz zwołania przez Instytut Europejski na Uniwersytecie we Florencji międzynarodowej konferencji pod tytułem „Europejski Instytut Prawa? W stronę innowacji dla prawnej integracji Europy”, na której wyrażono powszechną aprobatę dla utworzenia Europejskiego Instytutu Prawa. Mówiono wówczas, że być może – odnosząc się do znanej frazy sprzed 200 lat – jest to część „powołania naszych czasów do ustawodawstwa i nauki prawa”. Odbyło się wiele dalszych dyskusji i spotkań, aż w końcu inicjatywa ta przerodziła się w czyn – przed sześcioma tygodniami w Atenach podjęliśmy ostateczną decyzję o utworzeniu Instytutu.

Jako przewodniczący Komitetu Założycielskiego (wraz z doktor Irmgardą Griss) mam dzisiaj zaszczyt zapoznać Państwa z zadaniami Instytutu oraz jego sposobem funkcjonowania. Postaram się naświetlić najważniejsze wyzwania, jakie przed nami stoją. Przy okazji chcę również odwołać się do inicjatywy, którą uważamy za źródło inspiracji – mianowicie do Amerykańskiego Instytutu Prawa (*American Law Institute*, ALI). Jego powstanie przygotował amerykański Komitet ds. utworzenia stałej organizacji na rzecz

ulepszania prawa (*Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law*) pod przewodnictwem byłego sekretarza stanu Elihu Roota. Już sama nazwa komitetu zdradzała jego program. Więcej mówił jednak akt ustanowienia Amerykańskiego Instytutu Prawa, gdzie jego najważniejsze zadanie opisano w następujący sposób: „by promować klarowność i uproszczenie prawa, jego większą adaptację do potrzeb społeczeństwa, by zapewnić lepszy wymiar sprawiedliwości oraz inspirować prace naukowe”. Postulat ten rozbrzmiewa także wśród celów Europejskiego Instytutu Prawa, co potwierdza treść art. 3 jego statutu. Jest to także odniesienie do strategii Komisji Europejskiej pt. „Lepsze stanowienie prawa”. Jak bowiem mówił przewodniczący KE José Barroso: „Europejskie prawo jest sercem tego, co czyni Unię Europejską wyjątkową. Musimy więc zagwarantować, by europejskie prawo oraz regulacje były odpowiednio ukierunkowane, prawidłowo implementowane na właściwym poziomie, proporcjonalnie do potrzeb”. Lepsze stanowienie prawa jest jednym z „twardych priorytetów” Komisji Europejskiej, a ja jestem przekonany, że także Europejski Instytut Prawa zrobi co w jego mocy, by cel ten zrealizować.

Instytut amerykański został utworzony 88 lat temu – dokładnie 23 lutego 1923 roku. Nerozsądnie byłoby nie zapytać, czego możemy nauczyć się z tego doświadczenia.

III. Członkowie

Pierwszym, dość oczywistym wyzwaniem Europejskiego Instytutu Prawa jest zebranie jego członków. Amerykański Instytut Prawa tworzy ok. 4000 prawników: adwokatów, sędziów i profesorów prawa ze wszystkich obszarów Stanów Zjednoczonych oraz z zagranicy. Europejski Instytut Prawa ma na razie 52 członków założycieli, pochodzących z 22 różnych krajów i reprezentujących ok. 20 różnych grup i organizacji. Są wśród nich profesorowie, sędziowie, urzędnicy sądowi, notariusze oraz prawnicy pracujący w wolnych zawodach. Różne są ich specjalizacje: prawo prywatne, publiczne, procesowe... Lista członków założycieli odzwierciedla genezę Instytutu – chcieliśmy bowiem zaaranżować współpracę i połączyć we wspólnym celu dwie organizacje, które

dały asumpt do powstania naszej inicjatywy: Towarzystwo na rzecz Europejskiego Instytutu Prawa oraz Instytut Europejski na Uniwersytecie we Florencji. Wydaje się, że obie te organizacje dobrze się uzupełniają – Towarzystwo powstało pod wpływem chwili i skupia pojedyncze osoby (w krótkim czasie udało się zebrać ponad 300 członków), natomiast Instytut Europejski na Uniwersytecie we Florencji koordynuje działanie sporej liczby zespołów badawczych, skoncentrowanych wokół zagadnień prawa europejskiego.

W stworzenie statutu Europejskiego Instytutu Prawa zaangażowane były trzy grupy robocze. Każda z nich koordynowana była przez trzy osoby: członka Instytutu Europejskiego, członka władz Towarzystwa oraz osobę wybraną przez obie wcześniej wymienione organizacje. Grupy robocze były zaangażowane także w organizację niniejszego Kongresu oraz inicjowały zawiązanie się Komitetu Założycielskiego, w którego skład ostatecznie weszli niektórzy członkowie Towarzystwa oraz reprezentanci ważnych organizacji akademickich lub zawodowych. Członkowie Komitetu Założycielskiego szybko stali się motorem napędowym Instytutu. Muszę jednak podkreślić, że nasza organizacja jest otwarta na wszystkich, którzy chcą aktywnie uczestniczyć w rozwoju europejskiego prawa – oczywiście pod warunkiem, że będą działać przez wzgląd na własne przekonania i swój własny profesjonalizm, a nie ze względu na interesy poszczególnych lobby. Inaczej mówiąc, członkowie Instytutu muszą być niezależni. Statut określa ich jako „współpracowników”, mianowanych przez Radę Instytutu większością 2/3 głosów; w formularzu zgłoszeniowym, który otrzymał każdy uczestnik niniejszego Kongresu, zawarty jest kwestionariusz, gdzie znalazło się istotne dla nas pytanie: Czy Pan/Pani rozważa członkostwo w Instytucie? Istnieją także inne formy współuczestnictwa w działalności Instytutu – są członkowie *ex-officio*, obserwatorzy indywidualni oraz obserwatorzy instytucjonalni. Szczegóły są uregulowane w art. 8 statutu. Pragnę zauważyć, że inaczej niż ma to miejsce w Stanach Zjednoczonych, nie określiliśmy górnego limitu członków naszej organizacji. Jest dla nas oczywiste, że Instytut będzie miał charakter otwarty, a nie elitarystyczny. Nie jesteśmy też „akademią”, przeciwnie – chcemy ośmielić młodą generację prawników i skłonić ją, by wstąpiła w nasze szeregi.

IV. Organizacja

Drugim, prawdopodobnie równie oczywistym wyzwaniem dla Instytutu, jest wypracowanie sprawnego modelu funkcjonowania, szczególnie gdy chodzi o kwestię koordynacji prac licznych grup badawczych. Struktura organizacyjna jest inspirowana w dużej mierze doświadczeniem amerykańskim – nasz Instytut posiada zgromadzenie ogólne, które tworzą współpracownicy Instytutu, sześćdziesięcioosobową Radę (w instytucie amerykańskim – 65 osób) i Komitet Wykonawczy w składzie: prezes, wiceprezes, skarbnik oraz czterech stałych członków. Skład Rady Instytutu wybierany jest przez zgromadzenie ogólne, następnie Rada spośród siebie wybiera członków Komitetu Wykonawczego.

Instytut będzie zarejestrowany jako międzynarodowa organizacja non-profit, zgodnie z prawem belgijskim. Po naradach uznaliśmy, że ze względu na swoją elastyczność, właśnie ta forma organizacyjna jest dla nas najbardziej dogodna. Prawo belgijskie wymaga, by nasza instytucja posiadała „generalny organ zarządzający” oraz „generalny organ administracyjny”. Zgodnie ze Statutem „generalnym organem zarządzającym” w Instytucie jest zgromadzenie ogólne, które wybiera członków Rady, zatwierdza plan finansowy, budżet oraz projekty Towarzystwa. Z kolei „generalnym organem administracyjnym” jest Rada, która w szczególności pełni wiodącą rolę w zarządzaniu projektami Instytutu. Być może dla niektórych sprawniejszym rozwiązaniem byłoby, gdyby to dość liczna Rada (składa się ona bowiem maksymalnie z 60 członków) została mianowana „generalnym organem zarządzającym”, a Komitet Wykonawczy był „generalnym organem administrującym”. Muszę przyznać, że nad tą kwestią dyskutowaliśmy dość długo – większość jednak uznała, że przyjęta przez nas struktura jest właściwsza, gdyż daje Instytutowi większą legitymację do działań, w pełni angażując wszystkich jego członków.

Szczególną rolę w Instytucie odgrywa Senat, który jest „ciałem, składającym się z osób o dobrej reputacji”, mianowanych dożywotnio. Pierwszych dziesięciu członków Senatu wybranych zostanie przez pierwszą Radę, po czym Senat będzie władny, by dokooptować nowych członków. Maksymalna liczba senatorów to 21, przy czym wprowadziliśmy

także górną granicę wieku – 80 lat. Senat musi być informowany przez Radę o podejmowanych przez nią działaniach i decyzjach, z nim też konsultować się mają pozostałe komórki Towarzystwa. Senat upoważniony jest także do przyznawania rekomendacji, udzielania porad w sprawie podejmowanych inicjatyw oraz rozwiązywania sporów wewnętrznych.

Instytut musi mieć również swój sekretariat. Wyśleliśmy zaproszenie do składania ofert dotyczących utworzenia administracyjnej siedziby Instytutu. W warunkach przetargu zaznaczyliśmy, że bynajmniej nie przewidujemy w naszej organizacji zbyt rozległej biurokracji. Część administracyjną Instytutu porównałbym do funkcji „holownika” – w żadnym wypadku nie chcemy, by biuro stał się „statkiem wycieczkowym”. W pełnym wymiarze czasowym zatrudniony zostanie główny sekretarz, wspierany przez mniejsze jednostki: sekretariat oraz specjalistów z dziedziny IT (ang. *Information Technology* – technologia informacyjna). Pracownicy sekretariatu nie powinni angażować się w projekty Instytutu, ich rola jest inna – mają oni przede wszystkim monitorować i koordynować pracę instytucji, dostarczać niezbędnych danych, organizować posiedzenia Zgromadzenia Ogólnego oraz inne spotkania organów Instytutu, stworzyć i utrzymywać stronę internetową, a także wydawać biuletyny informujące o naszej działalności i osiągnięciach. Zadaniem sekretariatu jest więc ułatwianie komunikacji wewnątrz Instytutu oraz utrzymywanie kontaktu z innymi ośrodkami i organizacjami, zainteresowanymi rozwojem europejskiego prawa. Przez pierwsze cztery lata siedziba sekretariatu będzie w jednym miejscu (niedawno zaakceptowaliśmy ofertę Uniwersytetu Wiedeńskiego), pod koniec tego okresu podejmiemy decyzję, co dalej. Natomiast konkurs na stanowisko Sekretarza Generalnego zostanie ogłoszony tak szybko, jak tylko to możliwe.

Jak widać, Instytut będzie miał raczej złożoną strukturę. Dlatego też każda osoba zaangażowana w tę inicjatywę będzie musiała włożyć trochę wysiłku, by całość zaczęła sprawnie funkcjonować. Po to, aby osiągnąć odpowiednią równowagę pomiędzy efektywnością i zasadnością działań, niezbędne jest bowiem wejście na odpowiedni poziom interakcji. Dotyczy to zwłaszcza grup funkcjonujących wewnątrz struktury Instytutu.

V. Różnorodność profesji

Członkowie założyciele Instytutu wywodzą się z szerokiego kręgu prawniczych profesji. Niemniej jednak, nie da się ukryć, że proces tworzenia tejże inicjatywy został zdominowany przez teoretyków. Istotnym wyzwaniem dla Instytutu jest to, aby w jego strukturach znaleźli się wszyscy – sędziowie, urzędnicy sądowi, notariusze, prawnicy prowadzący prywatną praktykę, członkowie komisji legislacyjnych oraz inni wykonujący zawody prawnicze. Chodzi bowiem o to, by tych wszystkich ludzi zaangażować w znacznie szerszym zakresie, niż to dotychczas było możliwe.

Ścisła współpraca pomiędzy teoretykami oraz praktykami jest charakterystyczna dla Amerykańskiego Instytutu Prawa i to ona w przeważającej mierze przesądziła o jego sukcesie. W Stanach Zjednoczonych wszyscy sygnatariusze aktu założycielskiego tamtejszego instytutu byli praktykami (głównie sędziami;

na specjalnie organizowanych konferencjach. Szóste Forum miało miejsce dwa tygodnie temu w Luksemburgu. Idea tych spotkań nawiązuje w pewnym sensie do Zjazdu Niemieckich Prawników (*Deutscher Juristentag*), jaki po raz pierwszy odbył się w 1860 roku w Berlinie. Celem Forum jest integracja teoretyków i praktyków dla pobudzenia dyskusji nad współczesnymi problemami prawa oraz wpływem sądownictwa i legislacji na kształt systemu prawnego. Model ten odniósł znaczny sukces w Niemczech oraz w kilku krajach z nimi współpracujących, jednakże w skali europejskiej wydźwięk Forum ciągle jest niewielki. Taki stan rzeczy ma kilka przyczyn. Jedną z nich jest „wędrowny” charakter spotkań – Forum organizowane jest co dwa lata w innym europejskim kraju (czasem organizatorem są władze danego państwa). Każdy zjazd ma swoje motto – wybiera się trzy wiodące tematy, przy czym większość prac

Europejski Instytut Prawa ma być prowadzony nie przez jakikolwiek rząd, organizację polityczną czy biznesową, lecz przez europejskich prawników.

wśród nich był jeden były oraz jeden przyszły prezes Sądu Najwyższego), a większość pochodziła z Dystryktu Kolumbii. Nawet dzisiaj, teoretycy to nie więcej niż jedna czwarta Amerykańskiego Instytutu Prawa. Jest to na swój sposób odzwierciedlenie większego niż u nas prestiżu praktyki oraz bardziej wyraźnego wpływu „znanych adwokatów” na kształt prawa.

Również w Europie prawo jest i będzie kształtowane zarówno przez teoretyków, jak i praktyków („sędziów, legislatorów i profesorów” – jak chciałoby się powiedzieć, odnosząc się do tytułu znanego traktatu Raoula van Caenegema). Trzeba jednak zauważyć, że obecnie nie ma zbyt wielu platform do dyskusji i kooperacji pomiędzy przedstawicielami różnych profesji prawniczych – i to tak na narodowym, jak i ponadnarodowym szczeblu. Dlatego też stworzono Europejskie Forum Prawników (*European Jurists' Forum*; *Journée des Juristes Européens*; *Europäischer Juristentag*), które od 2001 roku obraduje co dwa lata

i raportów jest wcześniej przygotowana, następnie prezentowana i omawiana.

Dlatego uważam, że istnieje przestrzeń dla niezależnej organizacji, która stale i systematycznie monitorowałaby, oceniała i stymulowała rozwój europejskiego prawa. Europejski Instytut Prawa ma być prowadzony nie przez jakikolwiek rząd, organizację polityczną czy biznesową, lecz przez europejskich prawników. Ponieważ wspomniane wcześniej Forum nie ma charakteru trwałego i w założeniu nigdy nie miało być instytucją – nie jest więc ono w stanie podjąć istotnego dialogu z Komisją Europejską i raczej nie stanie się jej konsultantem czy też krytykiem jej aktualnych projektów. Taką możliwość ma natomiast Europejski Instytut Prawa. Oczywiście łatwo można sobie wyobrazić wspólne działania podjęte przez Instytut i Forum – obie te organizacje mają bowiem wspólną cechę charakterystyczną, którą jest różnorodność profesji tworzących je osób.

VI. Różnorodność dyscyplin

Członkowie założyciele Instytutu są aktywni na polu niemal wszystkich dziedzin prawa: publicznego i prywatnego oraz materialnego i procesowego. Podkreślić przy tym trzeba, że w proces powstania naszej organizacji szczególnie zaangażowani byli prawnicy wykonujący wolny zawód. Może być to spowodowane faktem, że europeizacja prawa prywatnego stała się na przestrzeni ostatnich 20 lat jednym z najistotniejszych elementów integracji na Starym Kontynencie. W przyszłości miałyby to w znacznym stopniu ułatwić międzynarodową harmonizację prawa. Pamiętać jednak należy, że prawo Unii Europejskiej jest w istocie gałęzią prawa publicznego i stąd też dziś możemy pochwalić się imponującym dorobkiem europejskiego prawa administracyjnego, zaś Trybunał Sprawiedliwości UE (TSUE) bywa często mylnie, choć chyba nieprzypadkowo, określany jako Trybunał Konstytucyjny UE. Został rozwinięty – ro-

pism, które koncentrują się wyłącznie na wybranych „subdyscyplinach” – weźmy na przykład prawo ubezpieczeń społecznych, prawo sportowe, prawo o ruchu drogowym, prawo zamówień publicznych, prawo upadłościowe itp. Istnienie wielu ściśle ukierunkowanych wydawnictw powoduje, że pewne wąskie obszary prawa mają tendencję do dryfowania poza intelektualny horyzont tych wszystkich, którzy nie są specjalistami w danej dziedzinie. Każda nowa prawna „subdyscyplina” rozwija własne struktury, własne koncepcje i własny dyskurs – widać to nawet na gruncie prawa Unii Europejskiej. Owszem, do pewnego stopnia jest to nieuniknione. Dziś, aby mieć swój wkład w naukę prawa, uczony działa jak sonda, która wnika w obszar danej nauki tak głęboko, jak tylko to możliwe – skutkiem tego wiemy coraz więcej i więcej o pewnym małym, coraz mniejszym wycinku wiedzy. Podobny proces jest widoczny także w praktyce prawniczej. Zagroza nam przy tym jed-

Liczę, że (...) Instytut będzie swego rodzaju antidotum na rosnącą specjalizację, która od jakiegoś czasu zagraża integralności prawa.

biący wrażenie – rdzeń oryginalnego europejskiego prawa administracyjnego. Tym niemniej Instytut będzie musiał dokonać znacznych starań, aby włączyć prawników administratywistów i konstytucjonalistów oraz przedstawicieli innych dyscyplin prawnych, których reprezentacja była dotychczas niewystarczająca, jak np. prawo karne (wydaje mi się, że historycznie ta gałąź prawa jest najściślej związana z pojęciem suwerenności), prawo międzynarodowe publiczne, prawo pracy, prawo spółek czy prawo antymonopolowe. Nie mamy żadnych wątpliwości, że pod względem zaangażowania poszczególnych dyscyplin prawnych Instytut od samego początku musi być wszechstronny.

Liczę, że w ten sposób Instytut będzie swego rodzaju antidotum na rosnącą specjalizację, która od jakiegoś czasu zagraża integralności prawa. W całej Europie powstała niezliczona liczba nowych czaso-

nak niebezpieczeństwo, że nagle stracimy percepcję względem podstawowych wartości rodzimych systemów prawnych, które są przecież fundamentem całego naszego dziedzictwa. Programy wydziałów prawa nie przeciwdziałają temu procesowi – tu raczej też widać tendencję do ograniczania doniosłości fundamentalnych przedmiotów, takich jak historia oraz teoria prawa, a przecież te przedmioty są niezbędne do krytycznej refleksji nad prawem. Dlatego też „wyspecjalizowanemu” prawnikowi zawsze grozi to, że za pewnik weźmie perspektywę, która jest błędna. Europejskie prawo umów jest dobrym przykładem dziedziny stale zagrożonej „błędem złej percepcji”, gdyż dla wielu źródłem legitymacji tego obszaru prawa jest jego wkład w funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Ale przecież prawo zobowiązań to zdecydowanie coś więcej niż tylko wygodne narzędzie do tworzenia rynków. Jest to środek, który opierają

się na swobodzie umów, pozwala na samookreślenie się autonomicznych jednostek (choć oczywiście umowa może być zaakceptowana w danym środowisku prawnym jedynie wówczas, gdy jest wynikiem suwerennej decyzji *obu* stron).

Dziś istnieje niewiele platform, które mają na celu zaangażowanie prawników z danej profesji do dialogu z przedstawicielami innych dziedzin prawnych. Fachowcy skoncentrowani wokół prawa prywatnego i publicznego mają tendencję do odseparowywania się – tworzenia „własnych” zespołów i zbierania się na „własnych” konferencjach. Nawet w dziedzinie prawa prywatnego wyczuć można, z pozoru niewidoczne, linie demarkacyjne – są prawnicy specjalizujący się w prawie umów, prawie rodzinnym, nieruchomościach, prawie deliktów, prawie spółek itp. Europejski Instytut Prawa został pomyślany jako miejsce, w którym przedstawiciele danej dyscypliny zdać sobie mogą sprawę z ograniczeń płynących z danej dyscypliny, a także zobaczyć, że podział na prawo publiczne i prawo prywatne nie jest wcale oczywisty i równie zakorzeniony we wszystkich systemach prawnych (jako dobry przykład można tu przywołać system *common law*). W Instytucie badacze będą mogli przekonać się, że granice ustalone przez poszczególne dyscypliny dziś się zatartyły. Już teraz wszyscy zdajemy sobie sprawę ze zjawiska wnikania w prawo prywatne wartości zapisanych w naszych Konstytucjach oraz europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Czujemy przy tym, że coraz więcej dziedzin prawa (np. prawo antymonopolowe, prawo podatkowe itp.) wymyka się z podziału na prawo publiczne i prawo prywatne. Możemy obserwować, jak państwo kształtuje stosunki pomiędzy jednostkami i jak prawo prywatne jest coraz częściej stosowane jako środek regulujący gospodarkę. Stąd też jako Instytut zasadniczo podjęliśmy wyzwanie, by przemyśleć na nowo relacje pomiędzy sferą publiczną i prywatną.

VII. Tradycja prawna, tradycje prawne

Instytut musi także być wszechstronny w innym, równie istotnym aspekcie – mianowicie w poszanowaniu i odzwierciedleniu podziałów w Europie na „tradycje” i „kultury prawne”. Kwestia ta jest nieustannie podkreślana w dokumentach, które

były sporządzane w toku procesu powstawania Instytutu. Jednakże oba wyżej przywołane terminy niosą ze sobą szereg pytań. Według Konrada Zweigerta i Heinego Kötz’a europejskie prawo składa się z czterech rodzin: romanistycznej, germańskiej, nordyckiej oraz angielskiego *common law*. Z kolei Patrick Glenn odnosi się jedynie do kręgu *civil law* oraz tradycji *common law*. Dalej, Harold J. Berman przedstawia Europę jako kolebkę jednej „zachodniej” tradycji prawnej, podczas gdy René David i Camille Jauffret-Spinozi, odnosząc się do koncepcji rodzin prawa (jak u Zweigerta i Kötz’a), wyróżniają tylko dwie z nich (podobnie jak Glenn). Ale są też tacy, którzy wiążą pojęcie tradycji (lub kultury) prawnej z nowoczesnym państwem narodowym – wówczas moglibyśmy mówić o 27 lub więcej (gdy uwzględnimy Szkocję czy Katalonię) kulturach prawnych w samej tylko Unii Europejskiej. Jak koncepcje rodzin, tradycji i kultur prawnych odnoszą się do siebie? Jaka jest ich wartość poznawcza? Jaki jest ich punkt odniesienia? Czy aby nie mamy tu do czynienia z wygodną przykrywką do utrwalenia niektórych mitów i uprzedzeń? Stosunek pomiędzy prawem i kulturą, czy też kulturą prawną – jest z pewnością bardziej złożony, niż się nam to sugeruje.

Exempla docent (przykłady uczą). Wybrany przeze mnie przykład pochodzi z obszaru prawa spadkowego, które poniekąd traktowane jest w sposób szczególny, jako bardzo stabilne i wyraźnie ukształtowane przez partykularyzmy kulturowe. Mówiło się, że ten obszar prawa jest swego rodzaju „fundamentem” kultury danego narodu i dlatego też generalnie nie nadaje się do badań porównawczych, nie mówiąc już o harmonizacji.

Jakie wymagania co do formy musi spełnić testator, który chce skutecznie sporządzić testament? Prawo niemieckie uznaje obecnie testament holograficzny oraz testament publiczny, prawo holenderskie – tylko testament publiczny, zaś angielskie *common law* honoruje jedynie testament złożony wobec świadków. Jednakże na dużym obszarze Niemiec aż do końca XIX wieku – także uznawano testament złożony wobec świadków. W kręgu rzymsko-holenderskim także uznawano testament złożony przy świadkach (potrzebnych było ich tylko pięciu, podczas gdy tradycyjnie wymagano siedmiu). Natomiast pod ko-

niec XVI wieku poprzez sądy kościelne testament holograficzny wprowadzono na pewien czas do Anglii. Wymagania co do formy testamentu, uznawane dziś w Niemczech, Anglii i Holandii, nie są zatem głęboko zakorzenione w prawnej kulturze tych państw i nie można przyjąć, że są one dla niej „charakterystyczne”. Co więcej, nie ma przekonującego wytłumaczenia, dlaczego kultury dwóch krajów tak ściśle ze sobą związanych jak Holandia i Niemcy – nie są zgodne co do ważności testamentu holograficznego. Prawo niemieckie rzeczywiście niemalże odrzuciło testament holograficzny. Argumentowano wówczas, żeby nie przykładac zbyt dużej wagi do zwyczajów i tradycji ludności niegermańskiej (szczególnie francuskiej!), które uznawały tę formę wyrażenia ostatniej woli testatora. Dopiero w ostatnim możliwym momencie testament holograficzny „wślizgnął” się do niemieckiego BGB.

Różnice między systemami prawnymi mogą być więc w rzeczywistości nieco „przypadkowe” – dokładnie tak ujął to Lambert na Kongresie w Paryżu w 1900 roku. Aczkolwiek może być i tak, że skoro dany system prawny przyjął określony typ testamentu, to następnie zacznie być to postrzegane jako integralna część danej kultury prawnej, jako pewna charakterystyczna reguła, do której ludzie żyjący w danym państwie przywykli. Przy transponowaniu systemów prawnych z jednej kultury na drugą, i to na dużą skalę (jak to było z recepcją prawa rzymskiego w centralnej Europie, transferem prawa niemieckiego do Japonii, przyjęciem prawa szwajcarskiego w Turcji, prawa angielskiego na Przylądku Dobrej Nadziei czy amerykańskiego prawa spółek w Europie), często pojawiają się poważne wątpliwości co do tego, czy możliwe jest zakorzenienie prawa w określonej nowej kulturze. Ten sam problem dostrzegamy współcześnie – jako skutek dostosowywania się prawodawstw do procesu ekonomicznej globalizacji.

Kultura jest pojęciem wymykającym się wszelkim definicjom, co widoczne jest zwłaszcza w piśmiennictwie antropologicznym i socjologicznym, gdzie podejmowane są próby uchwycenia specyfiki danego społeczeństwa. Pojęciem kultury posługujemy się do określenia jakiejś społeczności, opisanie jej odrębności i odróżnienia jej od innych grup ludzi. Pojęcie to ma więc często konotacje konfrontacyjne i zakłada-

jące jakąś tożsamość. To samo odnosi się do terminu „kultura prawna”, który zyskał popularność w dyskursie prawa porównawczego, głównie w celu podkreślenia, że porównawcza analiza prawa nie polega jedynie na zestawieniu przepisów prawnych. Choć uwaga ta jest bardzo istotna, nie prowadzi ona automatycznie do stwierdzenia, że prawo – przynajmniej w naszym europejskim doświadczeniu – tworzy tradycję. Prawo ma natomiast swoją historię i jest też nieuchronnie przez historię kształtowane, charakteryzując się przy tym nieodłączną zdolnością rozwoju.

Tę specyficzną dynamikę i vitalność europejskiej tradycji prawnej można wytłumaczyć swoistym „twórczym napięciem” pomiędzy jednością a różnorodnością. Stąd prawo w średniowieczu i wczesnej nowożytności składało się z wielu różnych elementów: prawa rzymskiego, miejscowych praw zwyczajowych, prawa kanonicznego i feudalnego, zwyczajów kupieckich oraz teorii prawa natury. Nawet praktyka prawna w samym centrum recepcji charakteryzowała się prawnym pluralizmem, dzisiaj trudnym do wyobrażenia. Jednak ta różnorodność funkcjonowała w obrębie kluczowej wówczas jedności intelektualnej, wytworzonej poprzez jednolite wykształcenie prawników oraz literaturę, skoncentrowaną wokół tych samych źródeł prawnych. Wspomniana wyżej intelektualna jedność zaczęła się łamać, gdy w XVII i XVIII wieku przedstawiciele doktryny przestali dyskutować o prawie rzymskim, a zaczęli wprowadzać rozróżnienia na prawo rzymsko-niderlandzkie, rzymsko-szkockie, rzymsko-iberyjskie czy rzymsko-saksońskie. Można powiedzieć, że jedność została ostatecznie utracona, gdy w kontynentalnej Europie wprowadzono w życie nowoczesne wówczas kodyfikacje, którym postawiono za cel, by stały się zamkniętym i jednocześnie kompleksowym systemem zasad prawnych, podlegającym wykładni autonomicznej. Nie zmienia to faktu, że jeszcze dziś funkcjonuje tradycyjny model jedności i różnorodności. Zdaliśmy sobie bowiem sprawę z tego, że choć współczesne systemy prawne wykazują pewne charakterystyczne różnice, to jednak mogą równocześnie być postrzegane jako przejaw jednej i tej samej tzw. oryginalnej europejskiej tradycji. Nie jest dziełem przypadku, że obecnie kwestionowana jest idea upatrująca ostatecznej legitymizacji prawa w nowo-

czesnym państwie narodowym. Dlatego też w ostatnim czasie coraz więcej uwagi poświęca się studiom nad „nieustawowymi kodyfikacjami” (Nils Jansen) w ich historycznej i porównawczej perspektywie.

Jeśli zatem chcemy przewyciężyć narodowe rozdrobnienie prawa i mówić o nauce prawa jako dyscyplinie intelektualnej, której granice nie pokrywają się z granicami politycznymi, musimy (my – mam tu na myśli także Instytut) uczynić wszystko w celu ułatwienia tego zadania poprzez ponowne określenie wspólnej podstawy istniejących współcześnie systemów prawnych Europy. Realizacja tego zadania jest możliwa i nie przeszkadza temu fakt, że każdy z systemów prawnych korzysta z własnego charakterystycznego sposobu myślenia prawniczego, swoich źródeł prawa, stylu, wycucia, doświadczenia czy też swoistych instytucji. Można tu wskazać przykładowo: szkocki *trust without equity*, włoską koncepcję *danno ingiusto, danno biologico i danno esistenziale*, elastyczność systemu austriackiego, szwajcarski sposób radzenia sobie z różnorodnością języków w jednym i tym samym systemie prawnym, doświadczenie prawnego zjednoczenia Skandynawii, nowe prawo spadkowe Holandii oraz Katalonii, czy też recepcje międzynarodowych „reguł modelowych” (zawartych m.in. w Zasadach europejskiego prawa umów (ang. *The Principles of European Contract Law*, PECL) – w kodyfikacjach Europy Środkowej i Wschodniej.

Dziś dyskurs prawa porównawczego jest w Europie zdominowany przez ośrodki w Anglii, Francji i w Niemczech, przez co często nie bierze się pod uwagę specyfiki tego bogactwa Starego Kontynentu, które ma swoje źródło w różnorodności doświadczeń zdobytych w innych systemach prawnych. Dlatego Instytut będzie się rozwijał tylko wtedy, gdy oprze się właśnie na tym „bogactwie doświadczeń”. Oczywiście pod tym względem stoi przed nami znacznie trudniejsze zadanie niż przed Amerykańskim Instytutem Prawa.

VIII. Prawo i język

Podczas gdy amerykańscy prawnicy używają jedynie języka angielskiego, prawnicy europejscy porozumiewają się wieloma językami. Sama tylko Unia Europejska ma 23 języki oficjalne. Obciążenie wspólnotowego Dyrektoriatu Generalnego ds. Tłu-

maczeń ciągle wzrasta i w 2010 roku wynosiło 1.86 miliona stron, co kosztowało około 300 milionów euro. Instytut nie będzie mógł sobie pozwolić na wydatki na tak dużą skalę i tym samym nie będzie dysponował dokumentami przetłumaczonymi na wszystkie europejskie języki. Konieczne jest więc przyjęcie języka, który będzie najłatwiej dostępny dla wszystkich członków Instytutu, czyli języka, w którym najczęściej prowadzona będzie działalność organizacji. Istnieją argumenty za tym, by językiem tym był angielski. Dziś niemal każdy, kto chce być zauważony w naukach przyrodniczych, medycynie, psychologii, ekonomii i wielu innych naukach społecznych – musi publikować po angielsku. To samo, na coraz większą skalę, dotyczy także prawa. Nawet w Brukseli nie dominują już tradycyjnie dwa języki (podział na „dobry” i „ubogi” francuski), lecz coraz więcej dokumentów sporządzanych jest po angielsku i stale wzrasta liczba spotkań prowadzonych w tym języku. Nie twierdzę, że języki narodowe będą tracić na znaczeniu. Tak długo, jak będziemy mieli narodowe systemy prawne, tak długo dyskurs dotyczący każdego z nich będzie prowadzony głównie w języku danego państwa. Niemniej jednak Instytut będzie musiał dostosować się co najmniej do dwujęzyczności (bilingualizmu). W Europie nie jest to nowość – wykształceni prawnicy od XII do XVIII wieku byli przyzwyczajeni to posługiwania się dwoma językami, gdyż oprócz języka ojczystego musieli znać także łacinę.

Wiele argumentów wysuwa się także przeciwko podniesieniu języka angielskiego do rangi nowej *lingua franca* europejskiego systemu prawnego. Wskazuje się zwłaszcza, że nie mówimy tu o bogatym i kwiecistym języku angielskim znanym z powieści Jane Austen czy Anthony’ego Trollope’a, lecz o jego mocno uproszczonej czy wręcz wybrakowanej wersji, gdyż takim właśnie „ubogim” angielskim posługują się prawnicy w Europie. Nadto podnosi się, że angielski język prawniczy jest odzwierciedleniem angielskiego sposobu myślenia o prawie, przez co nie jest optymalnym środkiem prowadzenia dyskursu o całym europejskim prawie. Wyrażane są także opinie, że oparcie się wyłącznie na jednym języku doprowadzi do kulturowego zubożenia kontynentu, podobnie jak unifikacja prawa miałaby być czynni-

kiem, który spowoduje stopniowe zanikanie różnorodności kulturowych.

W argumentach tych tkwi ziarno prawdy, aczkolwiek nie można ich wyolbrzymiać. Każdy, kto choć raz używał translatora w komputerze, wie, jak złe powstają wówczas tłumaczenia. Jednak ten poziom translacji to margines. Wśród młodego pokolenia prawników powszechna jest dobra znajomość języka angielskiego. Poza tym język oraz kultura prawna nie są ze sobą powiązane nierozzerwalną więzią. W Republice Południowej Afryki funkcjonuje prawo rzymsko-niderlandzkie. Luizjana i Szkocja są przykładami porządków prawnych, w których mówi się po angielsku bez stosowania *common law*. Z kolei Japończycy oraz Turcy recypowali, odpowiednio – prawo niemieckie i szwajcarskie, bez przejmowania języków tych krajów. Podobnie rzecz się ma w odniesieniu do terminologii, jaka używana jest przez międzynarodowe grupy badawcze – przykładowo w Zasadach europejskiego prawa umów (PECL), w odniesieniu do zobowiązania solidarnego użyto intuicyjnego terminu *solidarity* (a nie angielskiego idiomu *joint and several*), podobnie jak do określenia przedawnienia roszczeń posłużono się zwrotem *prescription of claims* (a nie typowo angielskim *limitation of actions*). Twórcy PECL starali się więc dopasować język angielski do europejskiej terminologii, tak by całość nie niosła za sobą bagażu odmienności systemu *common law* i jednocześnie była akceptowana przez szerokie grono europejskich prawników. Tak samo łacina używana przez A. Vinniusa i J. Voeta nie była tym samym językiem, którym posługiwali się Wergiliusz czy Ciceron. Odnosząc się do bliższych nam czasów, można zauważyć, że wielki sukces R.J. Pothiera miał swoje źródło w tym, że wyraził on za pomocą „wysokiego” języka francuskiego to, co wcześniej Ch. Dumoulin opisał „ubogą” łaciną. Poza tym Pothier nie miałby tak znaczącego wpływu na angielskie prawo umów, gdyby jego *Traité des obligations* nie został w 1806 roku przetłumaczony na angielski.

Powyższe uwagi skłaniają do refleksji nad problematyką tłumaczeń. Każdy kto spróbował kiedyś przełożyć tekst prawny na język obcy, przekonał się, że takie przedsięwzięcie niesie ze sobą wiele trudności. Jednak efekt końcowy w postaci dobrego tłumaczenia jest jak najbardziej możliwy do osiągnięcia. Co

więcej, dokonując przekładu uświadamiamy sobie, jak wiele możemy się dowiedzieć o swoim języku ojczystym i powiązanim z nim sposobie myślenia. W tym miejscu chciałbym przywołać myśl wielkiego historyka sztuki Erwina Panofsky’ego, wybitnego badacza, który ze względu na swoje żydowskie pochodzenie został w latach 30. zmuszony do emigracji z Niemiec. Pisał on: „Każdy historyk sztuki wykształcony w Niemczech, który chce następnie komunikować się po angielsku, musi stworzyć swój własny słowniczek. W tym procesie adaptacji uświadamia on sobie, że jego ojczysta terminologia jest często niepotrzebnie skomplikowana i gruntownie nieprecyzyjna. Język niemiecki niestety pozwala na ukrywanie dość trywialnych myśli pod kłębiącą się zasłoną pozornej głębi... Krótko rzecz ujmując, nawet historyk sztuki, jeżeli pisze lub mówi po angielsku, musi mniej więcej wiedzieć, co ma na myśli i równocześnie myśleć nad tym, co mówi. A to ma zbawienny efekt dla nas wszystkich”. Być może więc dla dobra nauki jest wskazane, by teksty były „przetłumaczalne”, gdyż cecha ta jest swego rodzaju gwarantem klarowności myśli w nich zawartych.

Dla Instytutu oznacza to, że choć swoją działalność prowadzić będziemy najczęściej po angielsku, to jednak w kwestii języka nie powinniśmy niczego narzucać, lecz być pragmatyczni. Dlatego też grupy robocze w Instytucie będą mogły wybrać dowolny język, jaki uznają za adekwatny do swojego zadania. Takie rozwiązanie powinno przyczynić się do tego, by osiągnięcia danego środowiska stały się bardziej dostępne dla szerszej społeczności prawników. Może to następnie także wspomóc, jak i inicjować przedsięwzięcia translatorskie w odniesieniu do ważnych dokumentów prawnych oraz fachowej literatury – przykładowo, by ostatnie kodyfikacje w Europie Środkowej i Wschodniej zostały przetłumaczone na języki szerzej rozpowszechnione niż estoński, polski czy węgierski. Także kodeks cywilny portugalski, *Código civil* z 1966 roku nie został jeszcze, z tego co mi wiadomo, przetłumaczony na żaden inny język. Instytut mógłby także promować ideę „trójjęzyczności”, co miałoby dużą wartość szkoleniową – chodzi tu o przekazywanie wiedzy za pomocą trzech języków: języka ojczystego danego badacza, języka angielskiego oraz wybranego języka obcego. Z mo-

jego doświadczenia wynika, że jest to bardzo skuteczny sposób niwelowania „krajowych” ograniczeń, otwierający jednocześnie dostęp do aż trzech tradycji prawnych.

IX. Pozycja Instytutu

1. Pozycja względem innych organizacji

Kolejnym wyzwaniem dla Instytutu jest zajęcie odpowiedniej pozycji wobec innych, już istniejących organizacji, zwłaszcza tych funkcjonujących w celu wspierania procesu europeizacji prawa. Inicjatywa kooperacji, zapoczątkowana przez Instytut Europejski na Uniwersytecie we Florencji, miała na celu integrację różnych zespołów i grup badawczych. Byłem naprawdę zaskoczony faktem, że tych podmiotów jest aż tak wiele. Jedne skupiają się na edukacji prawniczej, inne zaangażowane są w opracowywanie zasad europejskiego prawa lub pracują nad „wspólnym rdzeniem”, a jeszcze inne działają na rzecz utworzenia platform do dyskusji i profesjonalnej współpracy między europejskimi prawnikami. Wyróżnić można grupy reprezentujące poszczególne branże prawnicze, są też stowarzyszenia wydziałów prawa, organizacje badawcze, zespoły teoretyków danej dziedziny – głównie z prawa administracyjnego, kontraktowego i rodzinnego. Modne jest dzisiaj zwłaszcza tworzenie zespołów naukowych, analizujących wspólny dorobek (*acquis commun*) i/lub dorobek Unii Europejskiej (*acquis communautaire*), i następnie tworzących projekty instrumentów tzw. miękkiego prawa. Swoje własne stowarzyszenie mają również prezesi sądów najwyższych krajów Unii Europejskiej, podobnie zresztą rzecz się ma względem sędziów sądów administracyjnych, ministrów sprawiedliwości, pracowników sądów rejestrowych czy komorników. Są oni w różny sposób zorganizowani – jedni bardziej formalnie, gdyż ich organizacja ma swój sekretariat i stałą siedzibę, inni spotykają się *ad hoc*. Wyróżnić też trzeba międzynarodowe „sieci”, utworzone w celu zwiększenia udziału prawników z danego kraju w procesie rozwoju prawa. Czasem zdarza się tak, że obok siebie istnieją dwa stowarzyszenia, mające bardzo podobne cele, działające nadto na tym samym obszarze. Niektóre z wymienionych organizacji finansowane są tylko ze składek członkow-

skich, inne wspomagane są przez rządy państwowe, uczelnie, organizacje zawodowe czy też przez Komisję Europejską. Na pierwszy rzut oka krajobraz ten jest silnie zróżnicowany, aczkolwiek spostrzeżenie to może być mylące. Można bowiem odnieść wrażenie, że wiele organizacji działa zupełnie od siebie niezależnie, nie wiedząc nic o sobie nawzajem. Dlatego jedną z funkcji Instytutu będzie stworzenie wspólnej platformy, gdzie wszystkie te inicjatywy będą mogły się spotykać, komunikować ze sobą, a być może także podjąć współpracę. Chcę jednak podkreślić, iż w trakcie całego procesu powstawania Instytutu zawsze byliśmy jednomyślni co do stwierdzenia, że Instytut nie ma ograniczać przestrzeni do debaty. Nie został on bowiem pomyślany po to, by „wchłonąć” czy też zastąpić istniejące już grupy i organizacje, lecz by użyźniać ten podatny europejski grunt, tak by stale wydawał wspaniałe owoce. Stąd też w naszym modelu działania inne podmioty są nieustannie zapraszane do udziału w przedsięwzięciach podejmowanych przez Instytut.

2. Pozycja w Europie

Doskonale wiemy, że w Unii Europejskiej istnieją oficjalne organy odpowiedzialne za stanowienie prawa – w szczególności Komisja Europejska. Instytut bazuje jednak na zasadzie politycznej i ekonomicznej niezależności. Uważamy, że jest to kluczowa cecha naszej organizacji, a to oznacza, że Instytut nie został stworzony przez Komisję, przez rząd któregośkolwiek z państw ani też przez jakąkolwiek „grupę interesów”. Dlatego też proces tworzenia Instytutu nie był łatwy, a nasz tryb pracy oceniam jako dość skomplikowany. Jednakże to właśnie niezależność jest kluczowym aspektem, aby Instytut uzyskał odpowiednią legitymację do zadań, które ma zamiar podjąć. Na obecnym etapie Komisja Europejska chce od nas uzyskać poradę na temat tego, jak lepiej stanowić prawo, a także jakie zmiany byłyby wskazane w prawie konsumenckim. Później jednak organy unijne będą oczekiwać także wskazówek w innych kwestiach dotyczących europejskiego prawa i polityki prawnej w ogólności. Dla Komisji cenne to będą uwagi – uzyskane od organizacji, która angażuje wszystkie „grupy interesów” na równej zasadzie, bez dominacji którejkolwiek z nich. Tak więc działalność

doradczą dotyczącą projektów prawa wspólnotowego będzie kluczowym zadaniem dla Instytutu, zaraz obok oceny bieżących rozwiązań legislacyjnych we Wspólnocie, wykonywania badań porównawczych oraz oceny skutków poszczególnych regulacji.

Chciałbym natomiast podkreślić, że w moim przekonaniu plany co do działalności Instytutu nie powinny być zbyt ambitne. Nawet instytut amerykański w pierwszych dziewiętnastu latach swojego istnienia pracował jedynie nad dziesięcioma zbiorami zasad prawnych (*Restatements*). Dlatego uważam, że w zupełności wystarczy, jeśli w początkowym okresie nasz Instytut skupi się na dwóch lub trzech przedsięwzięciach. Wybór planu działania powinien być dokonany nie tylko na podstawie wartości naukowej danego projektu, ale także według realnej oceny własnych możliwości operacyjnych oraz – co bardzo istotne – praktycznej potrzeby danych badań (tym też kierował się instytut amerykański, patrząc na opłakany stan amerykańskiego prawa na początku XX wieku). Innymi słowy, Instytut powinien stymulować rozpoczęte działania oraz – jeżeli okaże się to konieczne – podejmować także nowe przedsięwzięcia. Nie chcemy natomiast w żadnym wypadku powielać tego, co zostało już zrobione gdzie indziej. W tym względzie Instytut odwołuje się niejako do zasady pomocniczości. Doskonale wiemy, że żaden nasz projekt nie będzie z góry określany jako „naukowy” i „merytoryczny” – tylko dlatego, iż byłby prowadzony pod auspicjami Instytutu. Projekty te nie będą też aspirowały do tego, by zyskiwać uznanie *ratione imperii*. Ostatecznie Instytut ma przekonać do siebie społeczność prawniczą jedynie jakością swoich prac.

Porównanie z Amerykańskim Instytutem Prawa przywołuje na myśl kolejne spostrzeżenie. Tamtejszy instytut zyskał swoją renomę przede wszystkim dzięki wydanym zbiorom zasad prawnych (*Restatements*). Idea tworzenia takich właśnie zbiorów jest niezwykle atrakcyjna i wpływała także w debatach dotyczących europejskiego prawa prywatnego, zwłaszcza odkąd Ole Lando opublikował Zasady europejskiego prawa umów (PECL). Istnieją także zespoły naukowców, którzy analizując europejskie regulacje, starają się stworzyć pewną grupę akceptowalnych reguł modelowych. Jednakże w wielu dziedzinach prawa idea zbioru zasad nie ma większego

sensu, bo w istocie nie ma tam czego kompilować. Po to, by powstał tekst, choćby porównywalnie kompletny i poważany jak amerykańskie *Restatements*, należy wykonać mnóstwo żmudnej pracy. Instytut nie do końca jest właściwą organizacją do wykonania tej kompilatorskiej „czarnej roboty”. Jako organizacja chcemy raczej prowadzić i promować badania nad stworzeniem paneuropejskich zasad oraz reguł wspólnych dla europejskich systemów prawnych (o tym w szczególności stanowi nasz Manifest). Musimy jednak przy tym starannie dokonywać wyboru obszarów badań, bo nie we wszystkich dziedzinach takie przedsięwzięcia mają sens. Niemniej, nawet tam gdzie go nie widać, opracowanie zbioru zasad w oparciu o analizę porównawczą oraz ponadnarodową dyskusję może być użyteczne. Wówczas rezultat takiego projektu nie będzie odzwierciedleniem tego, co jest wspólnie akceptowalne w Europie – jednak już samo przeprowadzenie takich badań może prowadzić do stopniowego zbliżania się narodowych systemów prawnych. Nawiasem mówiąc, obecnie Amerykański Instytut Prawa nie ogranicza się już tylko do tworzenia projektów zbiorów zasad prawnych (*Restatements*), lecz od lat 70. pracuje również nad opracowaniem zasad (*Principles*) dla dziedziny prawa, które wymagają reformy lub nowej regulacji. Obecnie instytut amerykański – zazwyczaj w porozumieniu z Narodowym Zjazdem Delegatów dla Ujednolicania Praw Stanowych (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) – zajmuje się także pracami nad tworzeniem reguł modelowych. (Wspomnieć tu jednak muszę o krytycznych komentarzach, z jakimi spotkał się ów zjazd w związku z istotnym wpływem lobbystów na jego działania, co stawia pod znakiem zapytania jego dalszą współpracę z instytutem).

Termin „Europa” jest wciąż trudny do zdefiniowania. Dziś nazwy tej często używa się zamiennie – dla określenia Unii Europejskiej oraz krajów, które ją tworzą. Anglicy z kolei mają tendencję do posługiwania się terminem „Europa” tylko na określenie kontynentalnej jej części. Od ponad 500 lat toczy się debata wokół tego, czy Rosja jest krajem europejskim. Dziś mamy żywy spór dotyczący przynależności Turcji do Europy. Tymczasem zarówno Rosja, jak i Turcja należą do Rady Europy, międzynarodowej organizacji,

pod której auspicjami przyjęto Europejską Konwencję Praw Człowieka oraz ustanowiono Europejski Trybunał Praw Człowieka (na marginesie warto dodać, że Rada Europy przyczyniła się do pierwszego sukcesu w harmonizacji prawa prywatnego, mianowicie do przyjęcia Konwencji o odpowiedzialności osób utrzymujących hotele za rzeczy wniesione przez gości hotelowych, sporządzonej w Paryżu w 1962 roku). Rada Europy składa się z 47 państw członkowskich, podczas gdy Unia Europejska tylko z 27. Przez cały czas tworzenia Instytutu zawsze przyjmowaliśmy, że nasza działalność nie będzie ograniczała się tylko do obszaru Unii Europejskiej. Instytut będzie więc współpracował ze wszystkimi organizacjami działającymi na rzecz szeroko rozumianego rozwoju europejskiego prawa. Jeszcze raz podkreślam, że filozofią Instytutu jest jego otwartość.

3. Perspektywa globalna

Oczywiście zdajemy sobie sprawę, że istnieją również inne inicjatywy mające na celu harmonizację przepisów, w innych częściach świata. Dlatego też wcześniej wielokrotnie przywoływałem Amerykański Instytut Prawa. Jest dla nas oczywiste, że nasza organizacja będzie chciała nawiązać bliskie kontakty ze swoim amerykańskim odpowiednikiem, gdyż bardzo chcemy skorzystać z doświadczenia zebranego w Stanach Zjednoczonych. Liczymy przy tym, że dzięki tej współpracy ujawnią się także różnice pomiędzy europejskim a amerykańskim instytutem, co wyraźniej podkreśli specyfikę wyzwań, jakie stoją przed naszą organizacją. (Jedną z istotnych różnic – przynajmniej na razie – wprowadza się do tego, że instytut amerykański otrzymał od Fundacji Carnegiego (*Carnegie Corporation of New York*) dotację na uruchomienie swojej działalności w wysokości ponad miliona dolarów, a wkrótce potem kwota ta została podwojona dzięki wsparciu z innych źródeł. Natomiast Europejskiemu Instytutowi Prawa ciągle brakuje sponsorów o porównywalnej hojności).

Istnieją jednak także inne organizacje i inicjatywy – np. Wspólny Rynek Południa (hiszp. *Mercado Común del Sur* – Mercosur) w Południowej Ameryce, Organizacja dla Harmonizacji Prawa Afrykańskiego (*Organisation pour l'harmonisation en Afrique du*

droit des affaires – OHADA), projekt zasad azjatyckiego prawa umów w Chinach, Korei i Japonii (*Principles of Asian Contract Law*). Wreszcie wymienić trzeba także organizacje zajmujące się unifikacją prawa na skalę globalną – na polu prawa prywatnego i handlowego są to w szczególności UNCITRAL (*United Nation Commission on International Trade Law*), UNIDROIT (*Institut international pour l'unification du droit*) czy Haska Konferencja Prawa Prywatnego Międzynarodowego. Nasz Instytut liczy na owocną współpracę z każdą z tych organizacji, a być może w przyszłości wspólnie podejmiemy się realizacji projektów na prawdziwie międzynarodową i ponadkontynentalną skalę. Tytułem przykładu można wskazać Prawne i ekonomiczne zasady światowego prawa handlu (*Legal and Economic Principles of World Trade Law*), stworzone przez Amerykański Instytut Prawa czy też Zasady międzynarodowej procedury cywilnej (*Principles of Transnational Civil Procedure*), które powstały przy współpracy Amerykańskiego Instytutu Prawa z UNIDROIT.

* * *

Starałem się nakreślić niektóre z wyzwań stojących przed Europejskim Instytutem Prawa. Niewątpliwie wyzwań tych jest więcej, jednak w niniejszym wystąpieniu skupiłem się tylko na tych, które wydawały mi się szczególnie istotne w toku tworzenia Instytutu. Jestem prawnikiem, pochodzącym z Niemiec i pracującym w środowisku akademickim. Dla uatrakcyjnienia przekazu posłużyłem się dość barwnymi przykładami, mając przy tym nadzieję, że nie zakłóciły one obrazu Instytutu, który miałem zamiar Państwu nakreślić. Europejski Instytut Prawa został właśnie utworzony, a jego oficjalna inauguracja ma miejsce dzisiaj. Droga do Paryża była długa i niełatwa, ale w końcu dobrnęliśmy do mety. Początek naszej instytucji dało pięćdziesięciu dwóch ludzi z dwudziestu dwu krajów. Są to przedstawiciele różnych profesji, reprezentujący szeroki zakres tradycji, doświadczeń oraz działający w różnych organizacjach. Pierwszym prezesem Instytutu został Sir Francis Jacobs, prawnik o wielkiej estymie – zarówno teoretyk, jak i praktyk. Początkowo działał w Londynie, od osiemnastu zaś lat żyje i pracuje w Luksemburgu. Jest to osoba powszechnie powa-

żana, mająca odpowiednie doświadczenie, by przejąć stery Instytutu i poprowadzić go przez pierwsze pięć lat działalności. Cieszę się i jednocześnie jestem mu niezwykle wdzięczny, że podjął się tego trudnego, lecz wartego wyrzeczeń wyzwania.

Do przyłączenia się do tej inicjatywy zaproszeni są wszyscy prawnicy aktywnie zaangażowani w rozwój europejskiego prawa. Struktura Instytutu jest jeszcze wystarczająco plastyczna, by dyskutanci w ciągu najbliższych dwóch lat mogli dookreślić jej ostateczny kształt. Rada Instytutu jest obecnie w fazie przejściowej i posiada mandat Zgromadzenia Ogólnego do 2013 roku. Do tego czasu chcemy usprawnić wiele rzeczy, które na chwilę obecną sprawiają wrażenie prowizorycznych czy też niesymetrycznych. Jednakże stanie się to możliwe tylko wtedy, gdy każdy przyczyni się do konstruktywnej debaty. W takim

właśnie duchu odbyły się wcześniejsze spotkania w Hamburgu, Wiedniu i Atenach, które następnie doprowadziły do założenia Instytutu.

Niedawno niemiecka Minister Sprawiedliwości wysłała do mnie list, w którym napisała, że z zadowoleniem przyjęła utworzenie Instytutu i wyraziła oczekiwanie, że inicjatywa ta w znacznym stopniu przyczyni się do lepszego stanowienia prawa. Jednocześnie pani Minister zwróciła moją uwagę na sentencję znajdującą się w herbie Paryża, która zdaje się również pasować do Europejskiego Instytutu Prawa: *Fluctuat nec mergitur* („miota nim fala, ale on nie tonie”). Mam nadzieję, że za kolejnych 111 lat, w 2122 roku środowisko będzie wspominać dzisiejszy Kongres, tak jak my wspominaliśmy Kongres Paryski z 1900 roku.

Przełożył Jan Andrzejewski

Czy interpretacja prawnicza może być gwarantem pewności prawa?



Jerzy Stelmach

Prawnik i filozof, profesor zwyczajny, Kierownik Katedry Filozofii Prawa i Etyki Prawniczej UJ.

May legal interpretation be a guarantee of the certainty of law?

The paper is devoted to the issues associated with the certainty of law. The author claims that it is impossible to provide a simple, unequivocal answer to the question of whether legal interpretation may be a guarantee of legal certainty. There are at least three reasons for that. First, it is impossible to define legal certainty: there exist as many definitions thereof as there are legal philosophies. Second, there is no way of saying whether certainty is an essential legal value. The final reason is the impossibility of demonstrating that the goal of legal interpretation is the search for legal certainty and not the utilization of other criteria, such as justice, rightness, efficiency or economic efficiency.

Zapewne może! Ale w moim przekonaniu jednoznaczna odpowiedź twierdząca na zadane w tytule pytanie jest niemożliwa z co najmniej trzech opisanych poniżej powodów.

Powód pierwszy **Nie mamy jednoznacznej** **definicji pewności prawa**

W realnym świecie pewność jest równoznaczna z prawdą (coś, co jest pewne – jest zarazem prawdziwe), co zaś jest pewne tylko w jakimś stopniu, jest czymś zaledwie prawdopodobnym.

A jak jest w świecie prawa? W świecie tym pewność nigdy nie oznacza prawdy. „Świat prawa” jest sferą poznania, w której nie znajduje bezpośredniego zastoso-

owania kryterium prawdy. Owszem, do oceny prawa stosujemy szereg innych „mniejszych” kryteriów, takich jak sprawiedliwość, słuszność, ważność, miarodajność, skuteczność, efektywność, czy wreszcie pewność¹. Gdy wobec tego mówimy o pewności prawa, w istocie formułujemy tylko pewne „normatywne wyobraże-

¹ Nie ma sensu w tym miejscu komentować stanowisk w sporze o znaczenie normatywne. Jak wiadomo, zwolennicy stanowiska kognitywistycznego twierdzili, że normom (wypowiedziom normatywnym) daje się przypisać wartość prawdy lub fałszu. Pogląd ten jest jednak dzisiaj reprezentowany przez wyraźną mniejszość filozofów i filozofów prawa.

nie”, („oczekiwanie”) co do tego, że prawo powinno lub że przynajmniej może – być pewne. Ze stwierdzenia, że prawo powinno być pewne, nie wynika dla realnego świata nic. Natomiast ze stwierdzenia, że prawo może być pewne, wynika jakieś prawdopodobieństwo pewności, jakkolwiek stopień tego prawdopodobieństwa jest nie do ustalenia. Akceptując wypowiedziane tu tezy, musimy dojść do przekonania, że w przypadku prawa mamy ostatecznie, co najwyżej, do czynienia „z możliwością pewności”, czyli z „prawdopodobieństwem pewności”, nigdy zaś z absolutną pewnością, bo ta przecież odwołuje się do prawdy.

A jak pojęcie pewności prawa jest rozumiane przez prawników? Otóż prawnicy nadają temu pojęciu najczęściej dwa (niekoniecznie spójne) znaczenia. I tak, albo ujmują pewność jako przewidywalność prawa, czyli możliwość przewidzenia skutków zastosowania norm prawnych oraz wydanych na ich podstawie konkretnych rozstrzygnięć, albo pewność jest ujmowana jako bezpieczeństwo prawne. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z pewnością w sensie faktycznym, bo chodzi przecież o możliwość (prawdopodobieństwo) przewidywania skutków prawa w realnym świecie (również skutków ekonomicznych), w drugim zaś – bardziej chodzić już będzie o pewność rozumianą formalnie, gdzie sam fakt istnienia prawa (określonych regulacji prawnych) jest wystarczającym gwarantem bezpieczeństwa prawnego. W przypadku tym nie oceniamy określonego prawa z punktu widzenia jego treści, zawartości aksjologicznej (czy realizuje również inne niż pewność wartości), jak również nie pytamy o możliwość (prawdopodobieństwo) przewidzenia skutków zastosowania prawa². Z całą pewnością w dyskursie prawniczym obydwie ujęcia pewności się pojawiają, co więcej – używane są zamiennie. Jeśli chcemy w sensowny sposób dyskutować problem pewności prawa, musimy jednak z tych odmienności zdawać sobie sprawę.

Chcąc wreszcie coś więcej powiedzieć o pojęciu pewności prawa, musimy uwzględnić jeszcze jeden, również często pomijany aspekt, a mianowicie, czy

mówiąc o pewności prawa mamy na myśli pewne pojęcie z dziedziny ontologii prawniczej, czy raczej pojęcie z zakresu epistemologii (metodologii) prawniczej. Ontologiczna interpretacja pewności prawa wiąże to pojęcie bezpośrednio z pojęciem prawa. Pewność staje się cechą samego (substancjalnie rozumianego) prawa. Prawo jest pewne dlatego, że po prostu jest prawem³. W przypadku interpretacji epistemologicznej problem pewności prawa zostaje sprowadzony do zagadnienia pewności metody (pewność nie jest cechą prawa, lecz metody prawniczej). Takie stanowisko w kwestii pewności prawa łatwo daje się obronić w tych koncepcjach, gdzie odchodząc od substancjalnego definiowania prawa twierdzi się, że prawo (pewne prawo) jest rezultatem procesu interpretacyjnego, czyli konsekwencją zastosowania określonej metody (filozofii) interpretacyjnej⁴. Również i o tym rozróżnieniu (relatywizacji) musimy pamiętać, jeśli w ogóle chcemy debatę na temat pewności prawa prowadzić w uporządkowany i sensowny sposób.

Z poczynionych do tej pory ustaleń wynika, że zbudowanie jednoznacznej, akceptowalnej dla wszystkich, definicji pewności prawa jest w gruncie rzeczy niemożliwe. Wątpliwości pojawiają się na wszystkich możliwych poziomach analizy problemu pewności: semantycznym, metodologicznym, aksjologicznym oraz ontologicznym. Najpierw są to wątpliwości natury semantycznej. Nie dość, że pojęcie pewności prawa jest w wysokim stopniu niejednoznaczne, to okazuje się, że jest również nieostre. Mamy problem z ustaleniem zakresu znaczeniowego pojęcia pewności prawa, jak również z określeniem relacji pomiędzy tym pojęciem a pojęciami podobnymi (bliskoznacznymi),

2 W taki właśnie formalny sposób rozumiana była pewność prawa przede wszystkim przez zwolenników kontynentalnego pozytywizmu prawniczego.

3 Podobnie tautologiczny charakter ma szereg innych definicji, którymi posługują się prawnicy. Por. J. Stelmach, *Mity prawnicze* (w:) *Świat, Europa, mała ojczyzna. Studia ofiarowane profesorowi Stanisławowi Grodzkiemu w 80-lecie urodzin* (red. M. Małecki), Bielsko-Biała 2009, s. 1145 i n.

4 Nie raz w filozofii prawa były formułowane tezy, że prawo jest rezultatem procesu interpretacyjnego. Zwolennikami takiego myślenia byli między innymi przedstawiciele hermeneutyki prawniczej. Por. A. Kaufmann, *Probleme der Rechtsgeschichte* (w:) A. Kaufmann, W. Hassemer (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, wyd. IV, Heidelberg 1985, s. 122.

takimi jak prawda, prawdopodobieństwo czy przewidywalność⁵. Na poziomie metodologicznym pojawia się inna z kolei trudność – związana z budową „adekwatnej teorii pewności prawa”. Tworzone doraźnie teorie najczęściej obarczone są bowiem wadą albo „kulawizny”, albo „skakania”⁶. Wątpliwość aksjologiczna związana jest z kwestią „usytuowania” wartości pewności, jakie znaczenie posiada pewność na tle innych relewantnych dla prawa wartości, o czym będę mówił więcej, odpowiadając na kolejne pytanie. Problemy z pewnością prawa występują również na poziomie analizy ontologicznej. Mamy bowiem mniej więcej tyle różnych koncepcji pewności, ile różnych odmian filozofii prawa.

W konsekwencji, jeśli nie dysponujemy akceptowalną dla wszystkich (lub co najmniej większości)

ści prawa, to tym bardziej, nie wiedząc, czym ta pewność ostatecznie jest lub ma być, nie jesteśmy w stanie odpowiedzieć na pytania, czy interpretacja prawnicza może być, i w jakim zakresie, gwarantem tejże pewności.

Powód drugi Nie wiemy, czy pewność jest istotną wartością prawa

Akceptując twierdzenie o istnieniu wielu niewspółmiernych wartości podstawowych, czyli przyjmując w kwestii wartości pluralistyczny punkt widzenia, uświadamiamy sobie, że pewność może być tylko jedną z wielu dających się powiązać z prawem wartości⁷. Bardzo często pewność będzie w kolizji z innymi ważnymi dla prawa wartościami (słusz-

Zbudowanie jednoznacznej, akceptowalnej dla wszystkich, definicji pewności prawa jest w gruncie rzeczy niemożliwe.

uczestników dyskursu prawniczego, a równocześnie spójną (w sensie semantycznym, metodologicznym, aksjologicznym i ontologicznym) definicją pewno-

nością, sprawiedliwością, wolnością, skutecznością czy efektywnością ekonomiczną). W takiej sytuacji musimy przecież dokonać wyboru, „zważyć będące w kolizji wartości”, wskazać wartość najważniejszą dla rozstrzyganego w danym momencie przypadku prawnego. O tym natomiast, która wartość zostanie uznana za najważniejszą w procesie rozstrzygania konkretnego przypadku, będzie decydować szereg okoliczności, w szczególności rodzaj rozstrzyganego przypadku, stopień jego aksjologicznej trudności, kontekst interpretacyjny, przyzwyczajenia interpretatora czy dominująca tradycja interpretacyjna.

Można pójść jeszcze dalej, zadając pytanie: co właściwie wynika z tego, że prawo jest pewne? Otóż

5 Niemiecka nauka prawa w pewien szczególnie sposób poradziła sobie z problemem niejednoznaczności i nieostrości pojęcia pewności w odniesieniu do prawa. W zasadzie używany jest tam tylko jeden termin, a mianowicie *Rechtssicherheit*.

6 Podział na teorie: kulawe, skaczące i adekwatne pochodzi od Leona Petrażyckiego. „Teorie kulawe” to teorie, które naruszają zasadę klasy dostatecznie szerokiej (orzeczenia odniesione są do zbyt wąsko określonego kręgu przedmiotów). „Teorie skaczące” to teorie, które naruszają zasadę klasy dostatecznie wąskiej (orzeczenia nie zostają ograniczone do zakresu przedmiotów, dla których są prawdziwe, lecz są rozszerzone poza te granice). Wreszcie „teorie adekwatne” to teorie wolne zarówno od wad kulawizny, jak i skakania, w których to, co się wypowiada, odniesione jest do klasy przedmiotów ani nie za wąskiej, ani nie za szerokiej, lecz właśnie adekwatnej (czyli do klasy przedmiotów, względem której orzeczenie jest obiektywnie poprawne). Por. L. Petrażycki, *Wstęp do nauki prawa i moralności*, Warszawa 1959, s. 129, 139, 153.

7 Twierdzenie o istnieniu wielu niewspółmiernych wartości podstawowych po raz pierwszy we współczesnej filozofii zostało sformułowane przez I. Berlina. Por. I. Berlin, *Nie chcę zbyt uładzonego świata*, (wywiad: B. Polanowska-Sygulska), „Znak” 1994, nr 10 (473), s. 114–121; B. Polanowska-Sygulska, *Pluralizm wartości i jego implikacje w filozofii prawa*, Kraków 2008, s. 63 i n.

pewność prawa (bezpieczeństwo prawne) może w określonych sytuacjach oznaczać istotną wartość prawa lub określonego porządku prawnego, a w innych wcale tego oznaczać nie musi. Wystarczy przywołać dyskusję na temat potrzeby bezpieczeństwa prawnego w totalitarnych systemach prawnych (zarówno faszystowskich, jak i komunistycznych). W imię pewności prawa (bezpieczeństwa prawnego) naruszane bywały fundamentalne prawa i wartości (w szczególności zaś sprawiedliwość i wolność). Potrzebą bezpieczeństwa prawnego legitymowane są i dziś, w tzw. demokratycznych państwach prawa, rozliczne patologie prawne, których istota sprowadza się do ciągłego ograniczania wolności obywateli. Czyni się to właśnie w imię rzekomo wyższego dobra, jakim ma być bezpieczeństwo prawne całej zbiorowości. Przejawem tej (patologicznej) tendencji jest w szczególności wciąż przybierający na sile proces jurydykacji życia społecznego, objęcia regulacjami prawnymi coraz to nowych obszarów życia jednostki. A wszystko to niby dla naszego dobra, bo przecież żyjemy w państwie prawa, które ma dać nam poczucie bezpieczeństwa. Oczywiście tylko do pewnego momentu. Jeśli bowiem w interesie państwa (elit politycznych) będzie zmiana ustanowionych wcześniej standardów pewności prawa, to zmiana ta zostanie natychmiast dokonana. Eksponowane silnie w państwie prawa zasady: *pacta sunt servanda* oraz zasada praw nabytych są przecież notorycznie naruszane. Wynika z tego, że pewność prawa nie tylko może prowadzić do naruszenia innych wartości podstawowych (zwłaszcza sprawiedliwości i wolności), ale również może zagrażać samej sobie. Dlatego miałem prawo zapytać, czy pewność jest istotną wartością prawa, starając się wykazać, że niekoniecznie taką wartością być musi. Jest to w moim przekonaniu „wartość koniunkturalna”, silnie zrelatywizowana do pewnych doraźnych kontekstów ustrojowych i politycznych, która w pewnych sytuacjach może okazać się również „antywartością”.

Przyjrzyjmy się nieco uważniej dylematowi „bezpieczeństwo prawne czy sprawiedliwość?”. Najbardziej znany w tej kwestii pogląd został sformułowany przez Gustawa Radbrucha, jakkolwiek problem ten pojawiał się już wcześniej w innych poglądach filozoficzno-prawnych, jak chociażby w niektórych kon-

cepcjach prawa natury oraz w szkole wolnego prawa (*Freirechtsbewegung/Freirechtslehre*)⁸. Zawarta w artykule Radbrucha *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (znana w literaturze filozoficzno-prawnej jako „formuła Radbrucha”) wypowiedź brzmi: „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat”⁹. Radbruch zdaje sobie sprawę, że nie da się wyraźnie oddzielić przypadków „czystego ustawowego bezprawia” od „innych przypadków pogranicznych”, a tym samym że nie dysponujemy żadną jednoznaczną, dającą się automatycznie zastosować zasadą, na mocy której możemy dać pierwszeństwo sprawiedliwości¹⁰. W moim natomiast przekonaniu danie pierwszeństwa sprawiedliwości wcale nie musi zależeć od „rażącej, niedającej się znieść niezgodności” pomiędzy pozytywnym prawem a naszym poczuciem sprawiedliwości. Wystarczy, że uznamy sprawiedliwość za wartość w danym, konkretnym przypadku ważniejszą. Decydować zaś będą elementy, o których pisałem wcześniej (to znaczy rodzaj przypadku, jego aksjologiczna specyfika, kontekst, przyzwyczajenia interpretatora, czy dominująca tradycja). Zakładanie uprzedniego pierwszeństwa jednej z tych wartości (to znaczy bezpieczeństwa prawnego lub sprawiedliwości) jest moim zdaniem pozbawione jakiegokolwiek sensu. Podobnie rzecz będzie się miała również z innymi wartościami podstawowymi (wolnością, skutecznością czy efektywnością). Wymyślanie nowych „formuł”, choć pokusa może być oczywiście bardzo

8 Bardzo zbliżony do „formuły Radbrucha” był w szczególności wcześniejszy pogląd przedstawiciela szkoły wolnego prawa Hansa Reichela. Por. H. Reichel, *Gesetz und Richterspruch*, Zürich 1915, s. 140; również J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001, s. 108.

9 G. Radbruch, *Gesamtausgabe*, Band 3, *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg 1990, s. 89.

10 *Ibidem*, s. 89.

silna, nie ma żadnego sensu. W moim bowiem przekonaniu gwarancje zachowania standardów państwa prawnego zawarte są nie tylko w formalnie rozumianym bezpieczeństwie prawnym, ale również w wielu innych wartościach, które system prawa (porządek prawny) musi urzeczywistniać.

Powód trzeci

Nie jesteśmy w stanie wykazać, że celem interpretacji prawniczej jest poszukiwanie pewności

Jakkolwiek nie chodzi o sprowadzanie całego zagadnienia pewności prawa do absurdu, to jednak uważam za w pełni uprawnione przekonanie, że pewność wprawdzie może być jednym z celów interpretacji, ale wcale też nim być nie musi. Dokonując interpretacji, podejmując próbę rozstrzygnięcia

go lub efektywnego (w sensie ekonomicznym). I tu może wystąpić silne napięcie (konflikt) pomiędzy poszczególnymi celami interpretacji prawniczej: z jednej strony pewnością, z drugiej zaś skutecznością lub efektywnością. Nawet bez pogłębionego uzasadnienia uprawnione wydaje się być twierdzenie, że im bardziej określone rozstrzygnięcie prawne jest skuteczne lub efektywne, tym bardziej może okazać się w sensie prawnym mniej pewne.

Ale jeśli nawet przyjąć, że celem interpretacji prawniczej jest poszukiwanie pewności, to pomijając już omówione powyżej problemy, pojawić się musi pytanie: jakie metody miałyby ostatecznie ową pewność gwarantować? W ten sposób, chcąc nie chcąc, wnikamy się w kolejny, w moim przekonaniu nierozstrzygalny spór, a mianowicie spór o metodę prawniczą¹¹. Nie wchodząc w istotę tego sporu, powrócę

Danie pierwszeństwa sprawiedliwości wcale nie musi zależeć od „rażącej, niedającej się znieść niezgodności” pomiędzy pozytywnym prawem a naszym poczuciem sprawiedliwości.

zwłaszcza „przypadku trudnego”, nie zawsze będziemy poszukiwać pewności (formalnie rozumianego bezpieczeństwa prawnego), tym bardziej że nie dysponujemy przecież jednoznaczną definicją pewności (o czym była już mowa w części pierwszej). Znacznie częściej – dokonując interpretacji prawniczej – poszukujemy rozwiązania, które spełniałoby inne niż pewność wymogi. Często celem interpretacji będzie znalezienie rozstrzygnięcia zgodnego z którymś z możliwych do przyjęcia przez uczestniczących w procesie interpretacyjnym kryteriów: słuszności bądź sprawiedliwości. A przecież te cele interpretacyjne (to znaczy słuszność lub sprawiedliwość) mogą, i często pozostają, w konflikcie z celem, jakim jest pewność prawa (na co również już wcześniej, w części drugiej, zwracałem uwagę). Innym jeszcze ważnym celem interpretacji prawniczej może być poszukiwanie rozwiązania najbardziej skuteczne-

do tytułowego pytania: czy interpretacja prawnicza może być gwarantem pewności prawa? Rozważyć chciałbym dwie, z gruntu różne, filozofie interpretacji prawniczej, a mianowicie pozytywistyczną i niepozytywistyczną. W pierwszej założenie, że metody interpretacji winny być gwarantem pewności prawa (bezpieczeństwa prawnego), przyjmowane jest wprost. Taką właśnie „gwarancyjną funkcję” miały spełniać „sylogizm prawniczy”, „metoda formalno-dogmatyczna” czy wreszcie postulowana przez Hansa Kelsena „czysta metoda normatywna”. I co do tego ustalenia nie może być żadnych wątpliwości. Problem moim zdaniem leży gdzie indziej. W pozytywizmie prawo jest traktowane jako wielkość stała i niezmienna. Z ontologicznej istoty prawa wynika

¹¹ Por. J. Stelmach, B. Brożek, *Methods of Legal Reasoning*, Dordrecht 2006, s. 1 i n.

zarówno to, że ono obowiązuje, jak i to, że jest pewne. Interpretacja (metoda) nie może gwarantować pewności prawa (bezpieczeństwa prawnego), bo pewność ta zawarta jest w samej istocie prawa. Celem interpretacji nie jest rozstrzygnięcie o tym, czy prawo jest pewne czy nie, lecz rekonstrukcja treści norm obowiązującego prawa (czyli rozstrzygnięcie, co jest prawem, a co nim nie jest). Dlatego pozytywistyczne przekonanie na temat metody prawniczej jako gwaranta bezpieczeństwa prawnego oparte jest, jak się wydaje, na nieporozumieniu, pomieszaniu ontologicznej i epistemologicznej płaszczyzny analizy problemu pewności prawa.

Paradoksalnie pytanie o to, czy interpretacja prawnicza może być gwarantem pewności prawa, ma większy sens tam, gdzie problem bezpieczeństwa prawnego ma całkowicie drugorzędne znaczenie, czyli w kierunkach niepozytywistycznych. W koncepcjach tych prawo nie jest traktowane jako wielkość stała i niezmienna – przede wszystkim dlatego, że jego ostateczna forma i treść kształtują się już to w procesie interpretacyjnym, już to w szerzej lub

wężej rozumianym dyskursie praktycznym¹². Mówiąc inaczej, prawa nie ma przed interpretacją lub przed dyskursem. W konsekwencji kwestię kryteriów pewności prawa musimy odnieść (zrelatywizować) – albo do zasad określających proces rozumienia (*Verstehen*), albo do procedury „rządzącej” dyskursem praktycznym.

Z powyższego wynika, że w przypadku gdy przyjmujemy pluralistyczny punkt widzenia w kwestii istnienia wartości oraz relatywistyczny punkt widzenia w kwestii poznania prawniczego, a taki punkt widzenia został tutaj właśnie zaprezentowany, to wówczas dokonujemy swoistej „dekonstrukcji” problemu pewności prawa. Pewność prawa staje się zaledwie jednym z wielu możliwych celów interpretacji prawniczej; jest to cel, który w pewnych sytuacjach może być uznany za kluczowy, a w innych całkowicie pominięty.

12 Por. A. Kaufmann, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie...*; również R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, wyd. II, Frankfurt am Main 1991, s. 219 i n.

Pewność prawa jako stabilność strukturalna



Bartosz Brożek

Prawnik i filozof, doktor habilitowany, prof. UJ, pracownik Katedry Filozofii Prawa i Etyki Prawniczej UJ

Legal certainty as a structural stability

The goal of the paper is to reinterpret the concept of legal certainty within the conceptual framework that includes the notion of structural stability. In mathematics, a given system is structurally stable if small perturbations of the system do not lead to major changes in its dynamic properties. Against this background, one can define three types of 'legal certainty': communicative, qualificative, and dynamic. The author claims that: (a) three senses of certainty-as-structural-stability capture very well some important aspects of the intuitive understanding of legal certainty; and (b) that the proposed conception undermines the positivist view of legal certainty.

„Pewność prawa” to pojęcie często używane – jeśli nie nadużywane – ale notorycznie niejasne. Rozumiana bywa jako przewidywalność decyzji sądowych, bezpieczeństwo prawne, istotna własność prawa, elementarny wymóg praworządności itd. Nie widzę sensu w bliższej analizie rozmaitych definicji pewności prawa, które odnaleźć można w literaturze. Jest ich tak wiele – i są tak odmienne – że jakakolwiek próba skonstruowania powszechnie akceptowanej koncepcji pewności byłaby z góry skazana na porażkę, a żmudne analizy prowadzące do podpisania protokołu rozbieżności nie są poznawczo interesujące. Uważam za bardziej wartościową próbę sformułowania nawet arbitralnej, ale teoretycznie płodnej koncepcji pewności.

Nie oznacza to wszakże, że rejestracja pewnych intuicji odnośnie do pewności prawa, które zrekonstruować można w oparciu o poglądy teoretyków i dogmatyków prawa, jest przedsięwzięciem bezcelowym. Chodzi przecież o to, by proponowana koncepcja pewności mogła być przydatna zarówno w dyskursie filozoficzno-prawnym, jak i w dogmatyce prawniczej.

Najsłynniejszą zapewne analizę pojęcia pewności prawa przedstawił Gustav Radbruch¹. Dla Radbrucha pewność prawa (*Rechtssicherheit*) jest jednym ze składników *idei prawa*, obok równości (*Gleichheit*) i celowo-

¹ Por. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, R. Dreier, St.L. Paulson (ed.), Heidelberg 2003.

ści (*Zweckmäßigkeit*). Pewność ma przy tym trzy aspekty. Po pierwsze, prawo pewne to takie prawo, które jest *poznawalne* – powinno być sformułowane w sposób jasny i wyraźny, z użyciem ostrych pojęć; należy przy tym unikać zbyt częstego odwoływania się do klauzul generalnych. Po drugie, prawo pewne to prawo *realizowalne praktycznie* – chodzi nie tylko o to, by nie wymagać rzeczy niemożliwych, ale także by decyzje organów stosujących prawo były przewi-

twierdzenie, że pewność prawa jest jednym z trzech istotnych składników idei prawa. Idea ta rozumiana jest na sposób Kantowski bądź neo-Kantowski. W moim przekonaniu jest to podejście błędne – nie można utrzymywać, że istnieje jedno pojęcie prawa, które ma jakieś *istotne, niezbywalne* elementy. Taki sposób podejścia do problemu jest pokłosiem przyjęcia Kantowskiej teorii pojęć jako elementów struktury podmiotu transcendentalnego – a więc pewnej

Za różne przejawy pewności prawa odpowiada jedna cecha formalna różnych aspektów systemu prawa: stabilność strukturalna.

dywalne. Wreszcie, na pewność prawa składa się jego *stabilność* – prawo nie powinno zmieniać się w sposób dowolny, taki który mógłby być zaskoczeniem dla adresatów norm prawnych².

Warto zauważyć, że wszystkie trzy wymieniane przez Radbrucha cechy prawa zwiększają stopień *przewidywalności* decyzji prawnych. Prawo niepoznawalne, nierealizowalne czy niestabilne jest *ex definitione* nieprzewidywalne. Obserwacja ta współgra z najczęściej występującymi określeniami pewności prawa, w których podkreśla się, że „obliczalność i przewidywalność skutków prawnych własnych działań i działań organów państwa oraz zaufanie do postanowień prawa obowiązującego”³ to kluczowe wartości składające się na pewność prawa.

Nie sposób oczywiście zgodzić się z wszystkimi aspektami Radbruchowskiej koncepcji pewności prawa. Przede wszystkim wątpliwości budzi jego

apriorycznej struktury poznawczej. Historia filozofii dwudziestowiecznej – a w szczególności filozofii nauki – pokazuje, że trudno mówić o takiej apriorycznej strukturze nawet w odniesieniu do pojęć znacznie mniej złożonych niż pojęcie prawa.

Chciałbym bronić tezy, że koncepcja Radbrucha może – i powinna – zostać w istotny sposób zmodyfikowana i doprecyzowana. Twierdzę bowiem, że za różne przejawy pewności prawa odpowiada jedna cecha *formalna* różnych aspektów systemu prawa: jest nią stabilność strukturalna. Pojęcie stabilności strukturalnej pochodzi z matematyki, a precyzyjniej – z teorii systemów dynamicznych; wprowadzone zostało w 1937 r. przez Aleksandra Andronowa i Lwa Potriagina. Układ, który jest stabilny strukturalnie, to taki układ, który przy niewielkich zaburzeniach samego układu posiada te same własności dynamiczne. Mówiąc bardziej nieformalnie: pewien system dynamiczny jest strukturalnie stabilny, jeśli jego zachowanie odporne jest na niewielkie perturbacje.

Twierdzę, że można mówić o trzech aspektach pewności prawa, a być może wręcz o trzech różnych pojęciach pewności: komunikacyjnej, kwalifikacyjnej i dynamicznej. Zaczniemy od pierwszej definicji:

(Definicja 1) Prawo jest komunikacyjnie pewne, jeśli niewielka zmiana po stronie nadawcy jakiegos komunikatu w języku prawnym lub prawniczym po-

2 W zaproponowanej przez A. Kaufmanna interpretacji koncepcji Radbrucha mowa jest, odpowiednio, o trzech cechach prawa pewnego: *Positivität, Praktikabilität, Durabilität*. Por. A. Kaufmann, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie* (w:) A. Kaufmann, W. Hassemer, U. Neumann (ed.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, wyd. 7, Heidelberg 2004.

3 J. Nowacki, *Pewność prawa a zasada lex retro non agit* (w:) J. Nowacki, *Studia z teorii prawa*, Kraków 2003, s. 89.

woduje równie niewielkie zmiany w odbiorze tego komunikatu.

Innymi słowy, język prawny lub prawniczy jest komunikacyjnie pewny, jeśli jest strukturalnie stabilny. Cechę taką wykazuje język potoczny. Michał Heller zauważa:

„A język potoczny? Jakże daleki jest od ścisłości, a jak skutecznie na ogół nim się posługujemy [...]. Dzieje się tak najprawdopodobniej dlatego, że język potoczny ma wbudowany w swoją strukturę specjalny „mechanizm”, polegający na tym, że małe zaburzenie znaczenia jakiegoś wyrażenia powoduje na ogół jedynie małe zaburzenie jego rozumienia. Dzięki temu dwóch użytkowników języka może się ze sobą skutecznie porozumiewać. Tę cechę języka można nazwać jego strukturalną stabilnością. Jeżeli w jakimś obszarze języka brak strukturalnej stabilności, to znaczy jeżeli znaczenia wyrażen są zbyt ostro od siebie oddzielone, wówczas niewielka zmiana znaczenia może powodować dużą zmianę rozumienia i porozumienie staje się niemożliwe. [...] Narzucanie językowi zbyt dużej ścisłości powoduje czasem utratę naturalnej stabilności strukturalnej języka, a co za tym idzie – utratę możliwości porozumienia”⁴.

Z tej obserwacji wyciągnąć można daleko idące wnioski. Zauważmy, że – jak podkreśla Heller – język, którego terminy zdefiniowane są ostro, nie może wykazywać strukturalnej stabilności. Takim językiem jest np. język matematyki: jakakolwiek, niewielka nawet perturbacja po stronie nadawcy „komunikatu matematycznego” prowadzić może do poważnych zaburzeń po stronie odbiorcy. Mówiąc inaczej: każdy strukturalnie stabilny język musi być do pewnego stopnia *nieostry*. Jeśli chcemy, by porozumienie między nami było możliwe, nie możemy dążyć do pełnego wyeliminowania takich „nieidealnych” cech języka, jak nieostrość czy otwartość. Pokazuje to, że wiązanie pewności prawa z wyrażnością i ostrością pojęć prawnych – czyli to, co można by określić mianem pozytywistycznego mitu idealnego języka prawnego – jest szkodliwe. Prawnik (legislator, sędzia itd.) nie powi-

nien dążyć do *jak największej* precyzji. Rozbudowywanie katalogów definicji legalnych i unikanie klauzul generalnych jest nieracjonalne nie tylko ze względu na *koszty interpretacji prawa*, ale przede wszystkim dlatego, że może skutecznie uniemożliwić komunikację i wygenerować wysoki stopień niepewności prawa.

Jak zaznaczałem, najbardziej typowe koncepcje pewności prawa sprowadzić można do tezy, że prawo jest pewne wtedy, jeśli można z dużym prawdopodobieństwem przewidzieć *ex ante*, jaką decyzję w danej sprawie podejmie sąd. Pozytywiści – ale i Radbruch – wiążą z tak rozumianym postulatem pewności prawa inny postulat: jednolitości orzecznictwa. Najlepszym sposobem zapewnienia przewidywalności decyzji sądowych jest bowiem dążenie do sytuacji, w której wszystkie sądy orzekają tak samo w takich samych sprawach.

Nie wydaje się jednak, by takie podejście było uzasadnione. Dla przykładu załóżmy, że w jakimś systemie prawnym za kradzież grozi kara grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 5; załóżmy ponadto, że sądy w sprawach o kradzież orzekają kary w sposób jednolity wedle następującej zasady: jeśli wartość przedmiotu kradzieży jest mniejsza niż 200 euro – kara grzywny w wysokości 500 euro; jeśli wartość przedmiotu kradzieży mieści się w przedziale od 200 do 250 euro – kara ograniczenia wolności na dwa lata; jeśli wartość przedmiotu kradzieży przekracza 250 euro – kara pozbawienia wolności na okres 3 lat. Wedle pozytywistycznej definicji tak funkcjonujące prawo – jasno sformułowane i prowadzące do jednolitego orzekania kar w różnych miejscowo sądach – jest pewne. Zwolennicy pozytywizmu powiedzieliby, rzecz jasna, że jest ono być może *niesprawiedliwe*, ze względu na dysproporcje w karaniu różnych sprawców dosyć podobnych przestępstw. W moim przekonaniu jednak, tak stosowane prawo jest nie tylko niesprawiedliwe, ale i *niepewne*. Rzec w tym, że nie sposób racjonalnie oczekiwać, by adresaci prawa opierali swe decyzje na bardzo rozbudowanej i skomplikowanej wiedzy na temat zasad orzeczniczych, nawet jeśli zasady te stosowane są jednolicie w danej jurysdykcji. Z ekonomicznego punktu widzenia można powiedzieć, że zdobycie takiej wiedzy byłoby dla adresatów prawa zbyt kosztowne, a więc – nieracjonalne. System prawny musi

4 M. Heller, *Początek jest wszędzie*, Warszawa 2002, s. 36, 37.

mieć zatem wbudowany pewien mechanizm, który umożliwi względnie poprawne przewidywanie decyzji organów państwa w oparciu o stosunkowo skromną – i łatwo przyswajalną – wiedzę. Mówiąc inaczej, prawo powinno być *kwalifikacyjnie pewne*. Pewność kwalifikacyjna daje się ująć w kategoriach stabilności strukturalnej choćby w ten sposób:

(Definicja 2) Prawo jest pewne w sensie kwalifikacyjnym, jeśli niewielkie zmiany w stanie faktycznym nie powodują znacznych zmian w kwalifikacji prawnej danego zachowania.

Jasne jest, po pierwsze, że tylko w przypadku tak rozumianej stabilności strukturalnej mówić można o *przewidywalności* decyzji sądowych. Sama jednolitość orzecznictwa nie jest wystarczającym warunkiem przewidywalności. W podanym powyżej przykładzie można, owszem, przewidzieć dokładnie treść orzeczenia sądowego, ale wymaga to zgromadzenia poważnego zasobu informacji. Dla przeciętnego adresata prawa byłoby to *zbyt drogie*, ekonomicznie nieefektywne – a w konsekwencji nieprzewidywalne. Tymczasem jeśli prawo jest strukturalnie stabilne w sensie kwalifikacyjnym, nie trzeba gromadzić dokładnych informacji na temat sposobu, w jaki sądy orzekają kary: wystarczy *mniej więcej* wiedzieć, jaka kara grozi za pewien *nieostro* określony typ przestępstw. Po drugie, tylko strukturalna stabilność kwalifikacji prawnej, a nie sama jednolitość orzecznictwa przyczyniają się do sprawiedliwości *formalnej* wydawanych orzeczeń. Jak pokazuje nasz przykład, nawet pełna jednolitość orzecznictwa powiązana być może z sytuacją, w której w sprawach *podobnych* orzeka się *niepodobnie*. Wreszcie, strukturalna stabilność kwalifikacji prawnej sprzyja także sprawiedliwości materialnej prawa, choć jej nie gwarantuje.

Trzecie rozumienie pewności prawa to pewność dynamiczna. Uznaje się często, że istotną wartością prawa jest jego względna stałość czy też niezmiennosc: prawo jest pewne w tym sensie, że nie jest zmieniane z dnia na dzień, arbitralnie, że wszelkie zmiany w prawie wprowadzane są w sposób racjonalny, adekwatny do potrzeb. Podnosi się także, że tak rozumiana pewność prawa jest do pewnego stopnia sprzeczna z jego elastycznością. Jak zauważa Joseph Raz:

„skoro prawo powinno dążyć do równowagi pomiędzy pewnością i niezawodnością a elastycznością, rozsądnie jest co do zasady prowadzić politykę prawną poprzez tworzenie, tak dalece, jak to możliwe, reguł prawnych regulujących zachowania ludzkie, jako że [reguły] są bardziej pewne od standardów”⁵.

W moim przekonaniu przeciwstawianie pewności (dynamicznej) prawa jego elastyczności jest nieporozumieniem. Znów bowiem pozytywistyczna wizja pewności prawa – jako stałości i niezmienności – jest ideą chybioną. Wydaje się, że poznawczo ciekawsza jest definicja pewności dynamicznej wyrażona w kategoriach stabilności strukturalnej:

(Definicja 3) Prawo jest pewne w sensie dynamicznym, jeśli niewielkie zmiany legislacyjne nie pociągają za sobą znacznych zmian w stosunkach społecznych w ogólności i w praktyce prawniczej w szczególności.

Wedle tej definicji prawo jest pewne nie wtedy, gdy się w ogóle nie zmienia, ale wtedy, gdy efekty zmian w prawie są proporcjonalne do wielkości tych zmian. Jeśli w jakimś systemie prawnym następuje zmiana o charakterze ustrojowym, trudno spodziewać się, że zmiana ta w niewielkim tylko stopniu wpłynie na stosunki społeczne. Jeśli przywołamy zmiany ustrojowe, które zaszły w krajach postkomunistycznych po 1989 r., to – w świetle zaproponowanej definicji – nie prowadziły one do niepewności prawa: zmiany te były na tyle znaczne, że musiały pociągać za sobą istotne przekształcenia tak stosunków społecznych, jak i praktyki prawniczej. W obliczu tak dużych zmian ustrojowych adresaci norm prawnych mogli się jednak *spodziewać*, że trudniej będzie przewidywać decyzje organów stosujących prawo. Takie sytuacje są oczywiście bardzo rzadkie. Częściej mamy do czynienia ze stosunkowo niewielkimi modyfikacjami instytucji prawnych – jeśli zmiany te pociągają podobnie nierewolucyjne zmiany w relacjach społecznych, możemy powiedzieć, że taki system prawny jest pewny w sensie stabilizacyjnym. Co za tym idzie, pewność prawa nie jest w konflikcie z jego

5 Joseph Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, „Yale Law Journal” 1972, vol. 81, s. 823, 841.

elastycznością, jeśli elastyczność nie oznacza całkowitej dowolności.

Można też zauważyć, że przedstawione powyżej definicje pewności prawa są ze sobą powiązane nie tylko dlatego, że wszystkie wykorzystują ideę stabilności strukturalnej, ale i w sensie bardziej dosłownym. Wydaje się bowiem, że pewność kwalifikacyjna zakłada pewność komunikacyjną: trudno wyobrazić sobie, by w języku prawnym, który jest strukturalnie niestabilny, można było sformułować katalog prze-

można udzielić pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, ale jest to odpowiedź trywialna. Jeśli przyjmiemy, że prawo jest systemem, który ma działać w rzeczywistości społecznej, to musi to być system odporny na drobne perturbacje. W tym sensie prawo – żeby mogło w ogóle spełniać swoje funkcje – musi być strukturalnie stabilne. Ale to samo można powiedzieć o *każdej* instytucji społecznej. Zachowania społeczne są tak złożone, że modelować je można matematycznie z pomocą metod teorii układów dynamicznych, a skoro

Pewność jest definicyjną cechą prawa, ale w sensie trywialnym: wszelkie istniejące instytucje społeczne są z definicji strukturalnie stabilne.

pisów prawa dający podstawę do kwalifikacyjnie pewnej praktyki orzeczniczej. Innymi słowy, zbyt ostre definiowanie pojęć prawnych i zbyt precyzyjne określanie zachowań prawnie relewantnych jest wrogiem zarówno pewności komunikacyjnej, jak i kwalifikacyjnej. Wydaje się też, że pewność dynamiczna zakłada pewność kwalifikacyjną. Pewność kwalifikacyjna ma charakter statyczny – jest cechą systemu prawa w określonym momencie. Pewność dynamiczna z kolei odnosi się do ewolucji systemu prawa. Trudno byłoby jednak mówić o pewności dynamicznej, jeśli w poszczególnych momentach – wyjąwszy może znaczące zmiany ustrojowe – prawo nie byłoby kwalifikacyjnie pewne.

Powyższe uwagi pokazują, w moim przekonaniu, że pozytywistyczne ujęcie pewności prawa, podobnie jak koncepcje podobne (np. Radbruchowska), są poznawczo i praktycznie nieciekawe. Mam też nadzieję, że udało mi się wykazać, iż użytecznym sposobem dyskusowania problemu pewności prawa jest ujmowanie go w kategoriach *stabilności strukturalnej*.

W kontekście powyższych rozważań wypada skomentować kilka problemów. Po pierwsze, można za Radbruchem zapytać, czy pewność prawa – rozumiana jako jego strukturalna stabilność – jest definicyjną czy też istotową cechą prawa. Wydaje mi się, że

tak, to jakkolwiek trwałość społeczną mogą mieć tylko te układy, które są strukturalnie stabilne. Jeśli więc pewność jest definicyjną cechą prawa, to jest ona także definicyjną cechą moralności, języka, zwyczajów itd. To właśnie mam na myśli, mówiąc że pewność jest definicyjną cechą prawa, ale w sensie trywialnym.

Po drugie, warto odnotować, że zaproponowana przeze mnie koncepcja pewności prawa prowadzi do niestandardowych wniosków odnośnie do relacji pomiędzy naczelnymi wartościami prawa. Przyjmuje się zwykle, że pewność prawa jest przeciwstawna innym wartościom realizowanym przez prawo, takim jak sprawiedliwość (formalna i materialna), celowość, elastyczność itp. Takie stanowisko wynika z niezrozumienia, czym jest pewność prawa. Gdyby zrealizować Radbruchowską wizję pewności, kładącą nacisk na używanie ostrych, dobrze zdefiniowanych pojęć i precyzyjnych reguł prawnych, otrzymalibyśmy w efekcie system prawny, który jest niekomunikowalny, nierealizowalny i niestabilny. Z drugiej strony, rozumienie pewności prawa jako stabilności strukturalnej pozwala na wykazanie, iż nie ma zasadniczego konfliktu między wymienionymi wartościami prawnymi; więcej nawet, pewność prawa (jego strukturalna stabilność) wydaje się być warunkiem koniecznym sprawiedliwości formalnej i materialnej, elastyczności prawa itd.

Po trzecie wreszcie, można zapytać, jaką rolę w zarysowanym powyżej kontekście odgrywa interpretacja prawa. Mówiąc inaczej: czy wykładnia prawa może sprzyjać pewności prawa? Odpowiedź na to pytanie uzależniona jest od tego, w jaki sposób zdefiniujemy proces interpretacji prawa. Nie jest to zadanie łatwe – choć wszyscy mówią o interpretacji, mało jest prób precyzyjnego określenia, czym ona jest. Czy jest to jakiś proces psychiczny, czy może raczej należałoby mówić o transcendentálnych strukturach rozumienia? Czy interpretacja operuje na obrazach mentalnych, czy na obiektach abstrakcyjnych? Niezależnie od odpowiedzi, których udzielimy na te pytania, będą one kontrowersyjne, głównie dlatego, że posługujemy się tu niejasnymi pojęciami. Wszelkie odwołania do procesów mentalnych bądź struktur transcendentálnych z trudem tylko – jeśli w ogóle – można uznać za tezy intersubiektywnie sprawdzalne. Jest jednak inna droga – można pójść za wskazówką Karla Poppera, który zauważa:

„Prawdą jest, że działania lub procesy podpadające pod ogólny termin »rozumienie«, są działaniami subiektywnymi, osobistymi lub psychologicznymi. Należy je odróżnić od (mniej lub bardziej udanych) efektów tej działalności, od ich rezultatów, od »ostatycznego stanu« rozumienia (w określonym czasie) [...]. Z chwilą gdy subiektywny stan rozumienia zostanie w końcu osiągnięty, psychologiczny proces wiodący ku niemu powinien być analizowany w kategoriach przedmiotów trzeciego świata [tj. obiektywnych wytworów – dopisek BB], z którymi jest związany. W istocie można go analizować wyłącznie w tych kategoriach”⁶.

Sugestia Poppera sprowadza się zatem do postulatu, że procesy rozumienia (czy procesy interpretacji) analizować można jedynie poprzez wytwory tych procesów, gdyż nie ma innego, intersubiektywnie postrzeganego ich aspektu. W odniesieniu do naszego problemu oznacza to, że próbując powiedzieć coś o procedurach interpretacji, musimy zacząć od pytania, co jest – intersubiektywnie postrzegalnym –

efektem interpretacji. Odpowiedź jest prosta: intersubiektywnie postrzegalnym efektem interpretacji jakiegoś tekstu będzie zawsze – *inny tekst*.

Każdy tekst analizowany *in abstracto*, czyli poza kontekstem, jest wieloznaczny. Możemy powiedzieć, że każdemu wyrażeniu językowemu przypisać można, *in abstracto*, pewną wiązkę znaczeń. Dla przykładu, jeśli interpretujemy zdanie:

„Pojazdy mechaniczne nie mogą wjeżdżać do parku”,

możemy mu – *prima facie* – przypisać różne znaczenia, w zależności od tego, jak rozumieć będziemy takie wyrażenia, jak „pojazdy mechaniczne”, „wjeżdżać” czy „park”. „Pojazdy mechaniczne” mogą – ale nie muszą – obejmować rowery, hulajnogi czy motorowery; „wjeżdżać” może – ale nie musi – odnosić się do wjechania wystawowym motocyklem do parku, w którym odbywa się doroczne *motorcycle show*; „park” z kolei może – choć nie musi – określać jedynie te tereny zielone, które uznane zostały za park decyzją rady miasta lub innego kompetentnego organu.

Efektem procesu interpretacji jest *parafraza* interpretowanego tekstu, tzn. jakieś inne wyrażenie językowe, które uznajemy za równoznaczne – w danym kontekście – z tekstem oryginalnym. Oczywiście parafrazie także można przypisać *wiązkę znaczeń*, a nie pojedyncze znaczenie. Te dwie wiązki znaczeń – interpretowanego wyrażenia i jego parafrazy – mają różne zakresy. Interpretacja prowadzi zatem do *zawężenia* wiązki znaczeń interpretowanego tekstu, w ten sposób że poszukiwane znaczenie należy do *iloczynu* obu wiązek znaczeń. Na przykład: jeśli sparafrazujemy zdanie „Pojazdy mechaniczne nie mogą wjeżdżać do parku” poprzez „Pojazdy z silnikiem spalinowym nie mogą wjeżdżać na tereny zielone”, to w iloczynie wiązki znaczeń obu zdań znajdzie się ich rozumienie zakazujące samochodom i motocyklom wjazdu na zielone obszary miejskie, które nie są prawnie uznane za parki; nie znajdzie się natomiast takie rozumienie, które zakazuje wjazdu rowerami do parków miejskich⁷.

6 K.R. Popper, *Wiedza obiektywna*, tłum. A. Chmielowski, Warszawa 2002, s. 202, 204.

7 Tę koncepcję interpretacji rozwijam pełniej (w:) B. Brożek, *Poza interpretację. Odpowiedź Jerzemu Stelmachowi*, „Forum

Nazwijmy tak rozumianą procedurę *interpretacją sensu stricto*. Uważam, że interpretacja *sensu stricto* ma do odegrania relatywnie niewielką rolę w procesie stosowania prawa, zmierza ona bowiem do wskazania, jak *nie możemy* rozumieć interpretowanego wyrażenia. Tymczasem prawnik ma za zadanie ustalić, że jakiś określony stan rzeczy (lub klasa stanów rzeczy) znajduje się w zakresie danej normy prawnej. Jeśli prawnik mówi *clara non sunt interpretanda*, nie ma w istocie na myśli procesu interpretacji *sensu stricto* (w moim rozumieniu tego słowa). Rzadko – jeśli kiedykolwiek – zdarzy się bowiem, że proces interpretacji zawęzi wiązkę znaczeń do jednego tylko znaczenia, zamykając drogę do przypisania interpretowanemu wyrażeniu innych znaczeń. Jeśli jednak prawnik ustali, że dana osoba czy grupa osób „podpada” pod dany przepis, jego praca się kończy, pomimo tego że proces interpretacji można by dalej kontynuować. *Clara non sunt interpretanda* czy *interpretatio cessat in claris* są to zatem dyrektywy wykładni prawa, które nie odnoszą się do tego, co nazywam interpretacją *sensu stricto*. Zauważmy przy tym, że interpretacja *sensu stricto* nie ma żadnego znaczenia dla pewności prawa. Zależność jest tutaj odwrotna: to fakt że prawo jest komunikacyjnie pewne, czyli że

język prawny musi być nieostry i otwarty, sprawia, że wypowiedzi w języku prawnym i prawniczym mogą podlegać interpretacji *sensu stricto*.

Można jednak mówić także o interpretacji *sensu largo*: będzie to proces zmierzający do wydania orzeczenia w danej sprawie; innymi słowy, reguły i dyrektywy interpretacji *sensu largo* to wszelkie reguły i dyrektywy dyskursu prawnego. Fakt posługiwania się w miarę spójnym systemem reguł dyskursu prawnego (stosowania prawa) ma znaczenie dla pewności prawa, jednak ta zależność ma charakter trywialny. Jakikolwiek konsekwentnie stosowany zespół reguł interpretacji *sensu largo* pozytywnie wpływa na stabilność kwalifikacyjną i stabilizacyjną prawa, w tym sensie, że jest lepszy od *czysto losowych* orzeczeń sądowych.

Tymczasem odpowiedź na pytanie, czy pewien określony zespół reguł wykładni prawa – a w szczególności katalog dyrektyw wykładni proponowany przez pozytywizm prawniczy – sprzyja pewności prawa, jest mniej oczywista. Można domniemywać, że niektóre koncepcje wykładni będą bardziej sprzyjać pewności prawa niż inne. Wydaje się także, że pozytywistyczna koncepcja wykładni prawa – z jej naciskiem na uściślanie pojęć, unikanie nieostrości czy jednolitość orzecznictwa – nie jest najlepszym gwarantem wzrostu pewności prawa.

Prawnicze” 2011, nr 2(4), s. 19–25.



Robert Stefanicki

Doktor habilitowany, profesor Uniwersytetu Wrocławskiego, prowadzi działalność naukowo-dydaktyczną w zakresie prawa cywilnego, handlowego i europejskiego; w celu przybliżenia zasad prawa unijnego oraz wykładni ukształtowanej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE prowadził autorskie wykłady dla prawników, a także dla przedsiębiorców. Wyrazem otwarcia autora na dyskurs prawniczy jest uczestnictwo w kilkudziesięciu konferencjach oraz zgłaszanie propozycji zmian w prawie do projektów przygotowywanych przez Komisję Kodyfikacyjną. Duży akcent kładzie na jakość polskiej implementacji dyrektyw konsumentskich i wpływ stosowanych modeli na zakładane prawem UE rezultaty. Autor monografii oraz publikacji na łamach czasopism prawniczych.

Robert Stefanicki

Domniemanie decydującego wpływu spółki dominującej na zachowania antykonkurencyjne spółek zależnych¹

Rebuttable presumption where the parent company has 100% shareholding

The Court's ruling discussed may be relevant to the application of TFUE as it introduces a clear rule regarding prerequisites for attributing the responsibility of a parent company's for business actions of its subsidiaries. It is already a well-established doctrinal and juridical position that a parent company can be called to account for cartel offences committed by its subsidiaries if it exercises a decisive influence over them. In its recent ruling, including the Akzo Nobel judgment, the Court of Justice stated that when a parent company holds 100% of the capital of a subsidiary which has committed an infringement, it can be simply presumed that the parent company exerts decisive influence over the conduct of its subsidiary, and that they therefore constitute a single undertaking within the meaning of Article 101 TFUE. It is thus for a parent company which challenges before the Community judicature the Commission decision fining it for the conduct of its subsidiary to rebut that presumption by adducing the evidence to establish that its subsidiary was independent.

Attribution of responsibility to a parent company is consistent with the principle of personal responsibility and with the objective of effective enforcement of the competition rules to hold all the companies of the group which have participated in the cartel, together with the parent company, jointly and severally liable for the purpose of punishing the cartel offence. Only in that way can it also be ensured that, when assessing the amount of a fine to be imposed, the true economic strength of the whole undertaking is correctly taken into account and that the successful enforcement of the fine is not jeopardised by any transfers of assets between the parent company and its subsidiaries.

¹ Inspirację i centralne odniesienie do przedstawionych w tym materiale rozważań stanowi wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-97/08 P *Akzo Nobel NV i inni*, ECR 2009, s. I-8237; dalej: wyrok w sprawie *Akzo Nobel*.

Dla zabezpieczenia standardów efektywnej ochrony konkurencji niezbędny jest nie tylko spójny system prawa materialnego w przedmiotowym zakresie, ale również stosowne do niego zasady i procedury, umożliwiające szybką i skuteczną reakcję na zakłócenia mechanizmów rynkowych, które z kolei powinny być zagwarantowane w celu ochrony interesu publicznego oraz jednostek ponoszących z tego tytułu szkody. Nieocenioną, wręcz motoryczną rolę w wypracowaniu jasnych reguł w tym obszarze spełnia orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE, Trybunał, Trybunał Sprawiedliwości). Wyroki tego sądu wywierają istotny wpływ na prawo państw członkowskich UE, praktykę orzeczniczą sądów krajowych i działania organów administracji. Trybunał wypracował szereg zasad, których wypełnianie przez państwa członkowskie prowadzi do zbliżania standardów prawnych i osiągania celów priorytetowych UE. Na uwagę zasługuje wyrok w sprawie *Akzo Nobel*, w którym TSUE podjął wyraźnie zarysowaną we wcześniejszym swoim orzecznictwie kwestię warunków przypisania odpowiedzialności spółce dominującej za naruszenia kartelowe jej spółek zależnych. W zasadzie ugruntowane jest już stanowisko judykatury, że spółce dominującej można przypisać taką odpowiedzialność – w sytuacji wywierania przez nią decydującego wpływu na spółki zależne. Problem jest z wykazaniem, kiedy z tym decydującym wpływem mamy do czynienia i kiedy przynosi on negatywne skutki dla uczestników rynku. Sprawnemu egzekwowaniu prawa konkurencji przez uprawnione organy służyć ma m.in. ustanowione w orzecznictwie TSUE wzruszalne domniemanie wywierania decydującego wpływu spółki dominującej na zachowanie rynkowe jej spółek zależnych (lub spółki zależnej), gdy spółka matka posiada 100% ich kapitału². Już w wyrokach

w sprawach *AEG*³ oraz *Stora*⁴ Trybunał wskazał na istotę i użyteczność niniejszej konstrukcji. Z uwagi jednak na brak jednolitego podejścia w praktyce stosowania przepisów z zakresu konkurencji, do funkcji i przedmiotu omawianego domniemania, orzecznictwo wspólnotowe wraca kolejny raz do tego tematu⁵. W wyroku w sprawie *Akzo Nobel* Trybunał przyjął spójne ze wzmiankowanymi wyżej orzeczeniami stanowisko w kwestii stosowania niniejszego domniemania, nawiązując w tym zakresie do obszernej i w pewnym zakresie porządkującej wyłaniające się w praktyce problemy⁶, opinii rzecznik generalnej J. Kokott⁷. Prostota (przejrzystość) cechująca konstrukcję orzeczenia powinna przekładać się na jednolite stosowanie domniemania w sprawach kartelowych, zarówno przez Komisję Europejską i sądy unijne, jak również przez organy krajowe, i przyczyniać się do efektywnego wykonywania prawa konkurencji. Konstrukcja ta też jest uzasadniona aksjologicznie, ponieważ w praktyce wykrycie porozumień kartelowych okazuje się bardzo trudne z uwagi na dużą złożoność struktur organizacyjnych, globalny w wielu wypadkach zasięg oddziaływania oraz tajny charakter związków antykonkurencyjnych. Nie sposób pominąć faktu, że Komisja Europejska w sprawozdaniu dotyczącym

2 Przykłady takiego przejęcia kontroli opisuje T. Skoczny (w:) T. Skoczny (red.), A. Jurkowska, D. Miąsik *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 785 (dalej: *Uokik. Komentarz...*). Przy czym przejęcie kontroli następuje zwykle już wskutek nabycia większościowego pakietu akcji lub udziałów spółki, nad którą przejmowana jest kontrola, ale te sytuacje nie są objęte omawianym domniemaniem. Zob. wyrok z dnia 14 lipca 1972 r. w sprawie 48/69 *Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji*, ECR 1972, s. 619, pkt 136–137.

3 Sprawa 107/82 *AEG-Telefunken przeciwko Komisji*, ECR 1983, s. 3151.

4 Sprawa C-286/98 P *Stora Kopparbergs Bergslags AB przeciwko Komisji*, ECR 1998, s. I-9925.

5 Należy zauważyć, że Sąd Pierwszej Instancji w wyroku z 8 października 2008 r. (w sprawach T-68/04 *SGL Carbon AG*, T-69/04 *Schunk GmbH i Schunk Kohlenstoff-Technik GmbH i T-73/04 Le Carbone-Lorraine przeciwko Komisji*, ECR 2008, s. II-2511, II-2567, II-2661) poprawnie zastosował zasadę niniejszego domniemania.

6 Pewne wątpliwości w piśmiennictwie budzi przedstawiona przez Rzecznik Generalną koncepcja „standardu dowodu”, definiowana jako inna instytucja niż zasada dotycząca odwrócenia ciężaru dowodu, zob. Ł. Wieczorek, *Glosa do wyroku ETS z dnia 10 września 2009 r.*, „Rejent” 2010, nr 5, s. 99.

7 W sprawie *Akzo Nobel*. Zob. również E.H. Pijnacker Hordijk, S.J.H. Evans, *The Akzo-case: Up a corporate tree for parental liability for competition law infringements: Case C-97/05 P, Akzo Nobel and Others v Commission*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2010, nr 2, s. 126.

polityki konkurencji za rok 2008⁸ wskazała wprost na kluczowe znaczenie efektywnego zwalczania karteli w celu zagwarantowania, aby korzyści z właściwie funkcjonującego systemu konkurencji były dostępne dla wszystkich uczestników rynku, w tym konsumentów⁹. Pełnemu wykonywaniu przepisów traktatowych z zakresu konkurencji służą zarówno środki podej-

wyroki dotyczącemu ubezpieczeń gospodarczych w sprawie *Manfredi*¹⁰, ponieważ określone zostały w nim podstawowe kryteria podmiotowe i przedmiotowe dochodzenia uprawnień odszkodowawczych przez jednostki poszkodowane stosowaniem praktyk antykonkurencyjnych, determinowane ostatecznie przez porządek krajowy¹¹.

W praktyce wykrycie porozumień kartelowych okazuje się bardzo trudne z uwagi na dużą złożoność struktur organizacyjnych, globalny w wielu wypadkach zasięg oddziaływania oraz tajny charakter związków antykonkurencyjnych.

momowane w interesie publicznym, jak i indywidualnie poszkodowanych jednostek. Regulacje normatywne państw członkowskich, dotyczące ochrony praw podmiotowych wynikających z prawa konkurencji nie mogą uniemożliwiać ani nadmiernie utrudniać dochodzenia roszczeń przez jednostki poszkodowane praktykami antykonkurencyjnymi. Mimo niezależności stosowania obydwu trybów wykonywania prawa konkurencji decyzje urzędów konkurencji stwierdzające stosowanie zakazanych praktyk mogą przyspieszać w praktyce proces dochodzenia roszczeń odszkodowawczych – i to zarówno w postępowaniach indywidualnych, jak i w drodze powództwa zbiorowego. Szczegółne miejsce w tym obszarze wyznacza się

Przedstawione niżej postępowanie dotyczy naruszenia przez przedsiębiorstwa art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską; dalej: TWE (obecnie art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej; dalej: TFUE¹²) oraz art. 53 ust. 1 Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym¹³. W świetle art. 81 ust. 1 TWE niezgodne ze wspólnym rynkiem i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku¹⁴, a w szczególności te, które polegają na:

8 Sprawozdanie z dnia 23 lipca 2009 r., KOM(2009) 374 wersja ostateczna.

9 Rozdział dodatkowy sprawozdania, zatytułowany „Kartele i konsumenci”. Zob. J. Hertfelder, *Die consumer welfare im europäischen Wettbewerbsrecht: Eine Analyse der Rechtspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte*, Baden-Baden 2010, m.in. s. 102 i n. Na temat synergii obu polityk zob. A. Mokrysz-Olszyńska, *Ochrona interesów konsumentów na rynku UE – spojrzenie z perspektywy ochrony konkurencji i ładu rynkowego* (w:) *Ochrona konsumenta w prawie polskim na tle koncepcji effet utile*, J. Frąckowiak i R. Stefanicki (red.), Wrocław 2011, s. 144.

10 Wyrok z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawach połączonych od C-295/04 do C-298/04, ECR 2006, s. I-6619.

11 Na temat form roszczeń o odszkodowanie zob. J. Karenfort, A. Weitbrecht, *Entscheidungen zum Europäischen Kartellrecht: Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, des Europäischen Gerichts und der Europäischen Kommission*, Stuttgart 2010, s. 133.

12 W materiale utrzymano numerację pierwotną, zastosowaną w orzeczeniu Trybunału.

13 Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym, OJ 1994, L 1, s. 3.

14 Na uwagę zasługuje zdefiniowanie przez TSUE pojęcia „uzgodnione praktyki”, w wyroku z 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-8/08

- ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji;
- ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji;
- podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia¹⁵.

Wymienione praktyki nie stanowią egzemplifikacji zamkniętej, skoro normodawca posłużył się sformułowaniem „w szczególności”. Ponadto ze sposobu ukształtowania cytowanego przepisu i celów, jakim służyć ma ta regulacja, wynika, że postaci praktyk antykonkurencyjnych mogą występować w różnych konfiguracjach. Istotne znaczenie w procesie wykonywania prawa konkurencji przypisuje się rozporządzeniu Rady (WE) nr 1/2003¹⁶ w związku z dokonaną nim decentralizacją stosowania reguł traktatowych dotyczących omawianego obszaru. Powołane rozporządzenie Rady (WE) potwierdza kompetencje organów państw członkowskich do bezpośredniego stosowania art. 81 i 82 TWE¹⁷. Artykuł 23 ust. 2 tego

aktu stanowi, że Komisja może, w drodze decyzji, nałożyć grzywny na przedsiębiorstwa lub związki przedsiębiorstw, jeżeli umyślnie lub w wyniku zaniebdania naruszają one art. 81 lub 82 Traktatu (obecnie art. 102 TFUE)¹⁸. Nie sposób pominąć też faktu tożsamości przesłanek zawartych w art. 81 TWE oraz art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r.¹⁹ (dalej: uokik), z tym że dla stwierdzenia naruszenia przepisu traktatowego wymagane jest spełnienie przesłanki wpływu określonych praktyk na handel wewnątrz Wspólnoty²⁰. Tło omawianego niżej sporu stanowiło postępowanie kartelowe wszczęte z urzędu przez Komisję Europejską w okolicznościach wskazujących nie tylko na potencjalne, ale i rzeczywiste naruszenia Traktatu przez grupę spółek w drodze zawieranych przez nie porozumień ograniczających konkurencję. W wyniku postępowania Komisja stwierdziła, że cztery spółki zależne, w których kapitale spółka dominująca Akzo Nobel NV posiadała 100% udziałów, poprzez uczestnictwo w sprzecznych z przepisami prawa porozumieniach w sektorze chlorku choliny naruszyły art. 81 ust. 1 TWE²¹ oraz art. 53 ust. 1 porozumienia EOG. Spółki grupy Akzo Nobel działały w jednym

T-Mobile Netherlands i inni, jeszcze nie został opublikowany. Szerzej na temat rozstrzygnięcia J.F. Bellis, *Cartels and horizontal agreements*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2010, nr 1, s. 72 i n.

- 15 Identyczny pod względem treści przepis zawiera art. 53 ust. 1 porozumienia EOG.
- 16 Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 TWE, OJ 2003, L 1, s. 1. Akt ten daje Komisji Europejskiej duże możliwości modernizacji systemu zwalczania karteli. Szerzej A. Riley, *The Modernisation of EU Anti-Cartel Enforcement: Will the Commission Grasp the Opportunity?* (w:) „Regulatory Policy, Centre for European Policy Studies Special Report”, styczeń 2010, s. 2 i n.
- 17 Obecnie art. 105 TFUE stanowi, że Komisja czuwa nad stosowaniem zasad określonych w art. 101 TFUE i 102 TFUE oraz wszczyna postępowanie w przypadkach podejrzenia ich naruszenia. Zob. uzasadnienie wyroku Trybunału z dnia 14 września 2010 r. (w sprawie C-550/07 P), w którym odwołanie Akzo Nobel Chemicals Ltd i Akros Chemicals Ltd zostało oddalone. Szerzej E. Derkacz, *Reforma stosowania wspólnotowych zasad konkurencji w świetle rozporządzenia nr 1/2001* (w:) E. Piontek (red.), *Reforma wspólnotowego prawa konkurencji*, Kraków 2005, s. 73 i n. Art. 81 i 82 TWE również wywoływały bezpośrednie skutki w stosunkach między jednostkami i przyznają

im prawa, które sądy krajowe są zobowiązane chronić, zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawach: 127/73, *BRT i SABAM*, ECR 1974, s. 51, pkt 16; C-282/95 *Guérin automobiles*, ECR 1997, s. I-1503, pkt 39; C-453/99, *Courage i Crehan*, ECR 2001, s. I-6297, pkt 23; *Manfredi*, pkt 39.

- 18 S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Warszawa 2010, rozdz. II „Zasada wyłączności rozporządzenia nr 139/2004 i zasada wyłączności kompetencji Komisji Europejskiej dla oceny koncentracji o wymiarze wspólnotowym”.
- 19 Dz.U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.
- 20 A. Jurkowska, *Uokik. Komentarz...*, s. 720 i n.; por. K. Kowalik-Bańczyk, Pojęcie „wpływu na handel” jako kryterium stosowania przez sądy krajowe wspólnotowego prawa konkurencji, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2008, nr 2, s. 24.
- 21 Wymieniony przepis Traktatu wymienia jedynie formy zakazanych porozumień, natomiast ustalenia definicyjne są zasługą Trybunału Sprawiedliwości. W kwestii znaczenia orzecznictwa interpretacyjnego Trybunału dla wykonywania prawa konkurencji szerzej A. Jurkowska, *Uokik. Komentarz...*, s. 163.

sektorze²², obejmując zasięgiem swojej aktywności gospodarczej część rynku wewnętrznego i światowego. Brały udział w zakazanych prawem konkurencji praktykach, dotyczących ustalania cen, podziału rynków i innych uzgodnionych działań względem konkurentów w przedmiotowej branży²³. W związku ze stwierdzonymi naruszeniami prawa konkurencji o charakterze złożonym i ciągłym, dużym udziałem w przedmiotowym rynku i skalą obrotu²⁴, Komisja w spornej decyzji²⁵, skierowanej łącznie do Akzo Nobel NV, Akzo Nobel Nederland BV, Akzo Nobel Chemicals International BV, Akzo Nobel Chemicals BV oraz Akzo Nobel Functional Chemicals BV, nałożyła grzywnę w wysokości 20,99 mln euro²⁶. Wprawdzie ustaliła bezpośredni udział w kartelu czterech spółek zależnych, ale wysoką grzywną objęła także spółkę matkę. Rozszerzoną podmiotową odpowiedzialność za naruszenie reguł konkurencji Komisja uzasadniła tym, że spółki córki nie miały autonomii niezbędnej do samodzielnego działania w obrocie, ściśle bowiem stosowały się do wytycznych spółki dominującej²⁷.

22 Akzo Nobel NV z siedzibą w Holandii jest spółką dominującą grupy Akzo Nobel i posiada (jako czysta spółka holdingowa) 100% kapitału swoich spółek zależnych Akzo Nobel Chemicals International BV oraz Akzo Nobel Nederland BV. Ta ostatnia posiada 100% kapitału swojej spółki zależnej Akzo Nobel Chemicals BV, która z kolei posiada wszystkie udziały swojej spółki zależnej Akzo Nobel Functional Chemical BV.

23 Chlorek choliny należy do rozpuszczalnych w wodzie witamin grupy B i jest wykorzystywany przede wszystkim w przemyśle pasz zwierzęcych. Poza producentami rynek chlorku choliny obejmuje przetwórców oraz dystrybutorów.

24 Skonsolidowany obrót światowy Akzo Nobel w 2003 roku (tj. w okresie objętym badaniem Komisji) wyniósł 13 miliardów euro.

25 Decyzja Komisji 2005/566/WE z dnia 9 grudnia 2004 r. w sprawie postępowania na podstawie art. 81 TWE i art. 53 porozumienia EOG (sprawa COMP/E 2/37.533 – Chlorek choliny), OJ 2005, L 190, s. 22.

26 Ponadto nakazała stronom wnoszącym, aby niezwłocznie zaprzestały naruszeń reguł konkurencji oraz aby powstrzymały się również od popełnienia w przyszłości jakiegokolwiek czynu lub zachowania mającego taki sam lub podobny przedmiot bądź skutek.

27 W uzasadnieniu wyroku z dnia 3 marca 2011 r. (w sprawach T-117/07 i T-121/07 *Areva i inni przeciwko Komisji*) Trybunał podniósł, że podczas gdy kwota wyjściowa grzywny jest ustalana

Uznała także, że Akzo Nobel stanowiła – łącznie z innymi osobami prawnymi należącymi do tej grupy – jednostkę gospodarczą i mogła w związku z posiadaniem 100% kapitału spółek zależnych wywierać decydujący wpływ na zakazane prawem działania antykonkurencyjne podmiotów zależnych²⁸. Co do zasady spółki zależne biorące udział w postępowaniu były zgodne w kwestii, że spółce dominującej można przypisać odpowiedzialność za naruszenie reguł konkurencji jej spółek zależnych, w sytuacji gdy wywiera na nie decydujący wpływ. Takiej zgodności nie było natomiast w odniesieniu do tego, czy omawiany wpływ można domniemać jedynie z faktu posiada-

ze względu na naruszenie, waga naruszenia jest określana na podstawie szeregu innych czynników, w odniesieniu do których Komisji przysługuje uznanie. Wśród elementów oceny wagi naruszenia mogą, w zależności od przypadku, być wielkość i wartość produktów będących przedmiotem naruszenia, jak również rozmiar i siła gospodarcza przedsiębiorstwa, a tym samym wpływ, jaki to przedsiębiorstwo mogło wywierać na rynek. Konsekwencją jest to, że w celu ustalenia kwoty grzywny wolno Komisji uwzględnić zarówno całkowity obrót przedsiębiorstwa, który stanowi wskazówkę, nawet w wypadku jeżeli jest ona przybliżona i nieprecyzyjna, co do rozmiaru tego przedsiębiorstwa i jego siły gospodarczej, jak i część tego obrotu, który pochodzi ze sprzedaży produktów będących przedmiotem naruszenia i który może zatem stanowić wskazówkę co do zakresu tego naruszenia. Ponadto z orzecznictwa wynika, że w celu oceny rozmiaru i siły gospodarczej przedsiębiorstwa w momencie naruszenia należy odwołać się do obrotu uzyskanego przez to przedsiębiorstwo w czasie istnienia naruszenia. Jednak okoliczność, że Komisja odwołuje się co do zasady do ostatniego pełnego roku okresu naruszenia, aby ocenić stan gospodarczy istniejący w tym okresie, nie narusza zasady proporcjonalności.

28 Należy w tym miejscu uczynić niewielką wzmiankę w odniesieniu do projektowanych zmian kształtu spółek kapitałowych bez kapitału zakładowego. Problem jest wielce dyskusyjny (zob. uwagi A. Kidyba, K. Kopaczynska-Pieczniak, *Spółka kapitałowa bez kapitału zakładowego – głos w dyskusji nad projektem zmiany kodeksu spółek handlowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” (dalej: PPH), 2011, nr 3, s. 9; W.J. Katner, A. Kappes, J. Janeta, *Kontrowersyjny projekt reformy struktury majątkowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, PPH 2011, nr 4, s. 9) i w pewnym sensie wpisuje się w sporne kwestie rozstrzygane przez Trybunał w omawianym wyroku w sprawie *Akzo Nobel*.

nia przez spółkę dominującą 100% kapitału spółek zależnych, bez konieczności udowodnienia wywierania rzeczywistego wpływu i wykazania w tym celu dodatkowych przesłanek wskazujących na faktyczne zależności uniemożliwiające autonomiczne postępowanie spółek córek. Należy w tym miejscu poczynić dygresję, że w praktyce spotykamy się ze zjawiskiem rozkładania przez spółki zależne parasola ochronnego nad spółką dominującą, w celu utrzymania struktury powiązania, nawet jeżeli nie odbywa się to z korzyścią dla wierzycieli i interesariuszy²⁹.

Od spornej decyzji, Akzo Nobel NV i jej cztery spółki zależne złożyły skargę do Sądu Pierwszej Instancji. Wniosły w niej o stwierdzenie przez sąd nieważności decyzji oraz obciążenie Komisji kosztami postępowania. Sąd ten wyrokiem z dnia 12 grudnia 2007 r.³⁰ podtrzymał zaskarżoną decyzję w całości, oddalił skargę i obciążył skarżące strony kosztami postępowania. W wyroku tym dokonano zbieżnej z orzecznictwem w sprawach *AEG* i *Stora* interpretacji domniemania decydującego wpływu spółki dominującej na zachowania jej spółek zależnych w sytuacji bezpośredniego bądź pośredniego posiadania przez nią całego ich kapitału. Kwestią sporną podniesioną przez odwołujące się spółki był także przedmiot wywierania decydującego wpływu. Sąd Pierwszej Instancji, zgodnie zresztą z dotychczasowym orzecznictwem wspólnotowym zdefiniował go szeroko, jako oddziaływanie na wszystkie istotne aspekty funkcjonowania przedsiębiorstwa, i to zarówno o charakterze wewnętrznym³¹ – dotyczyć ono mogło przykładowo organizacji przedsiębiorstwa – jak i zewnętrznym, obejmującym podejmowanie decyzji operacyjno-strategicznych na rynku³².

29 Zob. uwagi na temat konieczności nowelizacji kodeksu spółek handlowych w zakresie prawa koncernowego, R.L. Kwaśnicki, *Prawo holdingowe – uwagi do projektu nowelizacji kodeksu spółek handlowych*, PPH 2011, nr 3, s. 22 i n.

30 Wyrok Trybunału z dnia 12 grudnia 2007 r. w sprawie T-112/05 *Akzo Nobel* i in. przeciwko Komisji, ECR. 2007, s. II-5049.

31 Tak też przyjął Trybunał w wyroku z 22 stycznia 2002 r. w sprawie C-218/00 *Cisal*, Rec. s. I-691 oraz wyroku z 3 marca 2011 r. w sprawie C-437/09 *AG2R Prévoyance*, niepublik.

32 E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, Warszawa 2002, s. 59 i n.

Ostatni z wymienionych zakresów obejmuje wpływ na zachowania przedsiębiorstw jako uczestników procesów rynkowych, a więc przede wszystkim na działania, których celem bądź skutkiem mogą być zakłócenia w funkcjonowaniu mechanizmów konkurencji³³. Dla zastosowania art. 81 ust. 1 TWE wystarczające jest wystąpienie przesłanki antykonkurencyjnego celu bądź skutku³⁴. Antykonkurencyjny cel porozumienia jest ujmowany obiektywnie. Nie jest niezbędne do jego wykazania udowodnienie zamiaru prowadzenia działań naruszających reguły konkurencji³⁵. Natomiast przy nakładaniu grzywny podstawą kwalifikacji zachowań są działania zawnione lub co najmniej noszące znamiona zaniedbania. Wnoszące odwołanie spółki argumentowały na rzecz objęcia przedmiotem „decydującego wpływu” jedynie elementów polityki handlowej w rozumieniu *sensu stricto*³⁶ i kumulatywnego podejścia do przesłanek celu i skutku. Ich zdaniem rozszerzenie zakresu pojęcia „przedmiot wpływu” oznaczałoby wprowadzenie systemu odpowiedzialności niezależnej od winy, sprzecznej z zasadą odpowiedzialności indywidualnej gwarantowanej w orzecznictwie Trybunału. Skarżące spółki ponadto wskazały na zagrożenie ich interesu faktem powoływania w praktyce przez Komisję i sądy wspólnotowe niniejszego domniemania, przerzucającego faktycznie na nie ciężar dowodu, podnosząc, że w ten sposób następuje wprowadzenie zasady odpowiedzialności niezależnej od winy.

33 Szerzej M. Będkowski-Kozioł, *Uokik. Komentarz...*, s. 152.

34 Nie mają one bowiem charakteru kumulatywnego, lecz traktowane są alternatywnie. Zob. T. Eilmansberger, *How to distinguish good from bad competition under Article 82 EC: In search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses*, „Common Market Law Review” 2005, nr 1, s. 129 i n. Tak też Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-8/08, pkt 28 oraz powołane tam orzecznictwo. Element skutku danych zachowań rynkowych ma natomiast znaczenie przy obliczaniu grzywny i określaniu zakresu odszkodowania. Zob. również uzasadnienia wyroków Trybunału Sprawiedliwości z 29 września 2011 r. w sprawie C-520/09 i C-521/09 oraz SA w Warszawie z 4 grudnia 2007 r., VI ACa 848/07, niepublik. Por. decyzję Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2010 r., RGD 410-1/10/IW.

35 T. Skoczny, W. Springer, *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję*, Warszawa 1995, s. 36 i n.

36 Por. pkt 32 i n. opinii w sprawie C-97/08.

Komisja wniosła o oddalenie niniejszego odwołania, akcentując przede wszystkim zarzut jego niedopuszczalności. W świetle przedstawionego przez nią stanowiska: skoro jedyny zarzut odwołania dotyczy odpowiedzialności spółki dominującej, to tylko ona ma interes w żądaniu uchylenia zaskarżonego wyroku. Wątpliwa jest natomiast legitymacja spółek

nowe argumenty w odniesieniu do przedstawionych już w pierwszej instancji zarzutów bądź środków obrony. Nie jest więc rozstrzygające to, czy odwołujące się spółki wysuwają nowy argument, ale to, czy można go potraktować jako nowy samodzielny zarzut, a nie jedynie dopuszczalne jego rozszerzenie³⁸. Nawet gdyby uznać, że odwołujące się spółki

Nie jest dopuszczalne podnoszenie w postępowaniu odwoławczym nowych zarzutów bądź środków obrony, jednak odwołujące się strony mogą podnosić nowe argumenty w odniesieniu do przedstawionych już w pierwszej instancji zarzutów bądź środków obrony.

zależnych do wniesienia odwołania, względnie istnienie ich interesu prawnego. Opinii tej nie podzielił jednak Trybunał. Zgodnie z utrwaloną linią jego orzecznictwa, także w tym wyroku przyjął, że gdy chodzi o interes prawny, konieczne jest, aby odwołanie mogło doprowadzić do poprawy sytuacji strony, która je wniosła. Nawet jeżeli odwołanie zostaje – tak jak w niniejszej sprawie – skierowane jedynie przeciwko solidarnej odpowiedzialności spółki matki, to wynik postępowania może doprowadzić do poprawy sytuacji spółek zależnych wnoszących także odwołanie³⁷. Mając powyższe na uwadze, Trybunał oddalił podniesiony przez Komisję zarzut niedopuszczalności odwołania dotyczący legitymacji czynnej spółek zależnych.

Komisja podniosła także, iż część wniosków zawartych w odwołaniu stanowią niedopuszczalne na tym etapie postępowania nowe zarzuty. Wprawdzie w świetle regulaminu Trybunału Sprawiedliwości nie jest dopuszczalne podnoszenie w postępowaniu odwoławczym nowych zarzutów bądź środków obrony, to jednak odwołujące się strony mogą podnosić

rzeczywiście zakwestionowały w niniejszej sprawie samo obowiązywanie zasady domniemania dopiero w postępowaniu odwoławczym, to w ten sposób jedynie rozszerzyły podniesiony w pierwszej instancji zarzut, przez wskazanie na brak „decydującego wpływu” spółki dominującej. Spółki wnoszące odwołanie wskazały, jako główny argument na rzecz merytorycznej zasadności wniosku, że sporna decyzja została niesłusznie skierowana również do podmiotu dominującego, ponieważ Akzo Nobel NV nie uczestniczyła w kartelu. Twierdziły, że w celu objęcia odpowiedzialnością za naruszenia kartelowe także spółki dominującej Sąd błędnie zinterpretował i zastosował pojęcie przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 81 TWE i art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003, uznając Akzo Nobel NV i jej spółki zależne za jedno przedsiębiorstwo. W zasadzie orzecznictwo Trybunału nie pozostawia wątpliwości, że unijne prawo konkurencji dotyczy działalności przedsiębiorstw i pojęciem tym obejmuje każdy podmiot wykonujący działalność gospodarczą, niezależnie od jego statusu

37 Zob. pkt 25 opinii.

38 Tak pkt 28 opinii Rzecznik Generalnej w sprawie *Akzo Nobel*.

prawnego i sposobu finansowania³⁹. W świetle powyższego pojęcie przedsiębiorstwa należy rozumieć jako oznaczające jednostkę gospodarczą⁴⁰, nawet jeśli z prawnego punktu widzenia składa się ona z kilku osób fizycznych lub/i prawnych⁴¹. W prawie polskim funkcjonuje pojęcie grupy kapitałowej zdefiniowanej w art. 4 pkt 14 uokik, które spełnia funkcje zbliżone do pojęcia przedsiębiorstw powiązanych w znaczeniu nadanym mu przez prawo UE. Formalne rozdzielenie spółek ze względu na posiadanie przez nie

odrębnej osobowości prawnej, nie jest rozstrzygające przy stosowaniu prawa konkurencji. Decydującym kryterium klasyfikacji jest ustalenie, czy na rynku zachowują się w jednolity sposób. Funkcjonuje też na określenie jednego podmiotu gospodarczego zwrot *single economic unit*. Następuje tutaj rozciągnięcie odpowiedzialności w grupach spółek przez zastosowanie powyższej koncepcji, w sytuacji gdy spółka dominująca wywiera decydujący wpływ na zachowania spółek zależnych, i to w taki sposób, że stają się one narzędziem spółki matki. Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że zachowanie spółki zależnej można przypisać spółce dominującej – między innymi w przypadku gdy mimo odrębnej podmiotowości prawnej spółka zależna nie określa w sposób autonomiczny swojego zachowania rynkowego, lecz stosując się zasadniczo do instrukcji spółki dominującej,⁴² staje się instrumentem wykonywania jej celów. Jednak – jak słusznie podniosła Rzecznik Generalna w związku z niniejszą sprawą – spółka dominująca może wywierać decydujący wpływ na swoją spółkę zależną również wtedy, gdy nie korzysta z konkretnych uprawnień do współdecydowania i powstrzymuje się od udzielania konkretnych instrukcji lub wytycznych. Jednolitą politykę handlową stosowaną przez koncern można wywnioskować również pośrednio, na podstawie całokształtu istniejących powiązań pomiędzy spółką dominującą a jej spółkami zależnymi. W szczególności przy ocenie istnienia takiej zależności uwzględnia się więzy ekonomiczne, organizacyjne i prawne łączące formalnie odrębne podmioty prawa. Powiązania te mogą wykazywać, w okolicznościach konkretnego przypadku, zróżnicowany stopień intensywności oraz zróżnicowany zakres. Wobec ogromnej dynamiki stosunków rynkowych brak jest uzasadnienia dla przyjęcia zamkniętego katalogu możliwych form i przejawów tych zależności⁴³. Trzeba mieć tu na uwadze przede wszystkim

39 Zob. pkt 54 niniejszego wyroku oraz powołane przez Trybunał orzecznictwo. Zbieżnie definiuje to pojęcie G. Materna, *Uokik. Komentarz...*, s. 103; wyrok z 23 kwietnia 1991 r. w sprawie C-41/90 *Höfner i Elser*, Rec. s. I-1979; wyrok z 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-280/06 *ETI i inni*, Zb. Orz. s. I-10893; wyrok z 3 marca 2011 r. w sprawie C-437/09 *AG2R Prévoyance*, niepublik.

40 W ramach analizy, czy wiele podmiotów należących do grupy tworzy jednostkę gospodarczą w rozumieniu prawa unijnego, Trybunał w powołanym w pkt 64 wyroku w sprawie *Akzo Nobel* przypomniał wykazywanie w konkretnym wypadku oddziaływania spółki dominującej na politykę cenową grupy (tak wyrok Trybunału z dnia 14 lipca 1972 r. w sprawie 48/69 *Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji*, ECR 1972 s. 619, pkt 137 oraz w sprawie 52/69 *Geigy przeciwko Komisji*, ECR 1972, s. 787, pkt 45), wpływ na produkcję i dystrybucję (zob. wyrok Trybunału z dnia 6 marca 1974 r. w sprawach połączonych 6/73 i 7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano i Commercial Solvents przeciwko Komisji*, ECR 1974, s. 223, pkt 37 i 39–41) oraz takie wyznaczniki wpływu, jak: cele i koszty sprzedaży, stosowane marże, koszty sprzedaży, wyznaczanie zapasów i polityki marketingowej (wyrok Sądu z dnia 12 stycznia 1995 r. w sprawie T-102/92 *Viho przeciwko Komisji*, ECR 1995, s. II-17, pkt 48).

41 Punkt 54 i 55 wyroku z dnia 10 września 2009 r.; wyrok z dnia 14 grudnia 2006 r. w sprawie C-217/05, ECR 2006, s. I-11987, pkt 40. Przykładowo w wyroku z dnia 20 stycznia 2011 r. (w sprawie C-90/09 P) Trybunał zauważa, że wprowadzić takie okoliczności przemawiają za przyjęciem, że jedna spółka nie wiedziała o naruszeniu zarzucanym przez drugą spółkę, nie brała w nim udziału czy też nie nakłaniała do jego popełnienia, jednakże, wbrew twierdzeniom wnoszącym odwołanie, okolicznością, która umożliwia Komisji nałożenie grzywny na spółkę dominującą, nie jest okoliczność, że spółka dominująca nakłoniła swą spółkę zależną do popełnienia naruszenia reguł konkurencji Unii, ani też bezpośrednie uczestnictwo pierwszej w takim naruszeniu popełnionym przez drugą, lecz okoliczność, że obydwie te spółki składają się na tę samą jednostkę gospodarczą, tworząc więc jedno przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 81 TWE.

42 Podobnie w przywoływanych wyrokach: w sprawie *Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji*, pkt 132, 133; w sprawie 52/69 *Geigy przeciwko Komisji*, ECR 1972, s. 787, pkt 44; z dnia 21 lutego 1973 r. w sprawie 6/72 *Europemballage i Continental Can przeciwko Komisji*, ECR 1973, s. 215, pkt 15; w sprawie *Stora*, pkt 26.

43 Słusznie podnosi Rzecznik Generalna w pkt 91 opinii, że spółka dominująca może wywierać decydujący wpływ na swoją

fakt, że przedmiotowe domniemanie może pełnić użyteczną funkcję w odniesieniu do karteli, które są trudno wykrywalne w związku z utajnianiem relacji łączących grupę oraz z reguły ustnym charakterem zawieranych porozumień. W złożonych strukturach odnoszących się do powiązań spółek dookreślenie podmiotu faktycznie działającego w niedozwolonych porozumieniach jest niezwykle skomplikowane. Na te problemy wskazuje Trybunał w wielu wyrokach, podnosząc m.in., że działania, które obejmują praktyki i porozumienia antykonkurencyjne, mają miejsce poza prawem. Z reguły spotkania odbywają się potajemnie, a dokumentacja z tym związana jest ograniczona do minimum. Z powyższego wynika, że nawet jeśli Komisja odkryje dokumenty świadczące wyraźnie o nawiązaniu bezprawnego kontaktu pomiędzy przedsiębiorstwami, będą one zazwyczaj miały charakter fragmentaryczny i odosobniony. Dlatego często konieczna będzie rekonstrukcja poszczególnych elementów w drodze dedukcji. W większości wypadków istnienie praktyki lub porozumienia antykonkurencyjnego musi być wywnioskowane na podstawie pewnej liczby zbieżnych okoliczności oraz przesłanek, które razem ujęte mogą stanowić, wobec braku innego spójnego wytłumaczenia, dowód naruszenia reguł konkurencji⁴⁴.

Niewątpliwą zaletą TSUE jest wykreowanie koncepcji wzruszalnego domniemanie prawnego oraz wyeksponowanie jego prewencyjnego znaczenia dla wykrywania karteli. Przedmiotowe domniemanie prawne ma zastosowanie, jeżeli spółka dominująca

spółkę zależną również wtedy, gdy nie korzysta z uprawnień do współdecydowania i powstrzymuje się od udzielania konkretnych instrukcji lub wytycznych. Jednolitą politykę handlową w koncernie można wywnioskować również pośrednio, na podstawie całokształtu gospodarczych i prawnych powiązań pomiędzy spółką dominującą i jej spółkami zależnymi. Z drugiej strony brak takiej jednolitej polityki handlowej pomiędzy spółką dominującą i spółką zależną da się stwierdzić również tylko na podstawie oceny całokształtu wszystkich istniejących powiązań gospodarczych i prawnych.

44 Zob. wyroki Trybunału: z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawach połączonych C-204/00 *P Aalborg Portland i inni przeciwko Komisji*, ECR 2004, s. I-123, pkt 55–57; z dnia 24 marca 2011 r. w sprawie T-385/06 *Aalberts Industries NV, Comap SA, Simplex Armaturen + Fittings GmbH & Co. KG przeciwko Komisji*, pkt 46.

posiada 100% udziałów w kapitale spółki lub spółek zależnych. W orzeczeniu w sprawie *Akzo Nobel NV* Trybunał jedynie potwierdził linię swojego ostatniego orzecznictwa, stanowiącego, że samo posiadanie przez spółkę dominującą 100% kapitału jej spółki lub spółek zależnych uprawnia organy stosujące prawo konkurencji do uznania, że faktycznie wywiera ona decydujący wpływ na te spółki. Tym samym TSUE uznał, że niniejsza zasada została już wystarczająco dookreślona we wcześniejszym jego orzecznictwie⁴⁵. Już z orzeczenia Trybunału w sprawie *AEG* wynika, że gdy chodzi o przypisanie postępowania ograniczającego konkurencję w obrębie koncernu, to nie jest konieczne badanie, czy spółka dominująca skorzystała z przysługującej jej możliwości wpływania w decydujący sposób na politykę dystrybucji i politykę cenową jej spółki zależnej, jeżeli podmiot dominujący ma 100% udziałów spółki zależnej. Domniemywa się w takim wypadku, że spółka lub spółki zależne realizują ściśle politykę wyznaczoną przez podmiot dominujący.

Odwołujące się spółki podniosły jednak, że Trybunał w wyroku w sprawie *Stora*⁴⁶ ograniczył zakres wzruszalnego domniemanie „decydującego wpływu”, ponieważ zaostrzył wymogi rozstrzygają-

45 Takiej pewności nie miała Rzecznik Generalna z uwagi na zróżnicowaną w tym przedmiocie linię orzecznictwa Sądu Pierwszej Instancji. Z tej przyczyny dogłębnie potraktowała potrzebę wyjaśnienia warunków stosowania niniejszego domniemanie, w celu wyznaczenia przejrzystych reguł jego stosowania. M.in. w wyroku w sprawie *Bolloré* (wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 26 kwietnia 2007 r. w sprawach połączonych T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02 i T-126/02, T-128/02 i T-129/02, T-132/02 i T-136/02 *Bolloré przeciwko Komisji*, ECR 2007, s. II-947, pkt 132) Sąd Pierwszej Instancji stwierdził, że „fakt posiadania całości kapitału spółki zależnej, o ile stanowi poważną poszlakę wskazującą na istnienie ze strony spółki dominującej możliwości wywierania decydującego wpływu na postępowanie spółki zależnej na rynku, sam nie jest wystarczający, by przypisać spółce dominującej zachowanie spółki zależnej. Konieczna jest dodatkowa okoliczność oprócz posiadanego udziału, ale w tym przypadku można opierać się na poszlakach”. Tym samym Sąd Pierwszej Instancji wyłamał się z ram wyznaczonych przez Trybunał w wyrokach w sprawach *AEG* oraz *Stora*.

46 Wyrok w sprawie *Stora*, pkt 37.

ce o kwalifikowaniu posiadania takiego wpływu⁴⁷. Według oceny skarżących – na Komisji Europejskiej spoczywa ciężar wykazania, że spółka dominująca rzeczywiście wywierała dominujący wpływ na zachowanie spółek zależnych, i wskazania na dodatkowe przesłanki przesądzające o takim wpływie. Wprawdzie niektóre elementy wyroku w sprawie *Stora* mogły prowadzić do zróżnicowanej wykładni ram omawianego domniemania, to jednak zdaniem Rzecznik Generalnej wyrok ten do wniosków wysu-

takej wynika, że do wnoszących odwołanie należy obalenie domniemania wywierania decydującego wpływu – przez przedstawienie wystarczających dowodów przeciwnych.

Jeżeli w grupie przedsiębiorstw spółka dominująca posiada 100% udziałów spółek zależnych, to ma ona możliwość wywierania decydującego wpływu na spółkę zależną⁴⁹ lub spółki zależne oraz zakłada się też, że w rzeczywistości taki wpływ wywiera. Trybunał jednoznacznie w omawianym wyroku

...posiadanie przez spółkę dominującą 100% kapitału jej spółki lub spółek zależnych uprawnia organy stosujące prawo konkurencji do uznania, że faktycznie wywiera ona decydujący wpływ na te spółki.

niętych przez spółki nie upoważnia, zwłaszcza jeżeli kompleksowo podejść się do całości argumentacji przedstawionej przez Trybunał w tym wyroku. W wymienionych wyrokach, włącznie z rozstrzygnięciem w sprawie *Akzo Nobel NV*, Trybunał nie wskazał na powinność uwzględniania przy stosowaniu art. 81 Traktatu dodatkowych przesłanek na potwierdzenie istnienia decydującego wpływu, poza faktem posiadania przez spółkę dominującą 100% kapitału spółek zależnych⁴⁸. Położył natomiast szczególny akcent na wzruszalny charakter domniemania. Z konstrukcji

potwierdził, że wykazanie przez Komisję, iż cały kapitał spółki zależnej (spółek zależnych) znajduje się w posiadaniu spółki dominującej, pozwala uznać, że ta ostatnia wywiera decydujący wpływ na politykę handlową zależnych od siebie jednostek, i może nałożyć grzywnę także na nią w związku z naruszeniem prawa konkurencji, chyba że spółka dominująca przedstawi wystarczające dowody na obalenie niniejszego domniemania. Nie spoczywa na wymienionym organie lub krajowych organach ds. konkurencji obowiązek udowodnienia faktycznego istnienia zależności. Inaczej mówiąc, omawiane domniemanie zwalnia Komisję z konieczności dostarczania przez nią dowodów na brak autonomii spółki lub spółek zależnych. Ponieważ w praktyce obalenie przedmiotowego domniemania jest trudne, musiałyby wystąpić

47 Wyrywkowo interpretując fragmenty wyroku w sprawie *Stora*, wnoszące podmioty podniosły, że aby spółka dominująca miała możliwość wywierania decydującego wpływu na swoją spółkę zależną, musi istnieć coś więcej niż tylko gospodarcza zależność spółki zależnej od spółki dominującej.

48 Takie elementy jak wzmiankowana przez skarżące spółki wspólna reprezentacja dwóch spółek w trakcie postępowania administracyjnego jedynie potwierdzają fakt istnienia zależności i braku autonomii spółek zależnych, w związku z dysponowaniem w sposób bezpośredni lub pośredni całym ich kapitałem przez spółkę dominującą.

49 Dysponuje ona wówczas – stwierdza Rzecznik Generalna w opinii do niniejszego wyroku – wyłącznym prawem do wyznaczania członków organów zarządzających spółki zależnej. Nierzadko dochodzi również do personalnego powiązania pomiędzy obiema spółkami i sprzężenia interesów pomiędzy spółką dominującą i jej spółką zależną.

przekonujące względy aksjologiczne, uzasadniające przerzucenie ciężaru dowodu na drugą stronę postępowania (pozwanego). Odstąpienie od utrwalonej rzymskiej paremii *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* może być uzasadnione bezwzględnymi wymogami, do których należy ochrona porządku publicznego lub innego dobra wspólnego, a także względami ochrony słabszej strony umów w obrocie – w celu zagwarantowania równości szans i wyboru. Zastosowanie niniejszego domniemania jest uzasadnione aksjologicznie i prakseologicznie wartościami ustrojowymi, w których mieści się ochrona konkurencji, jako podstawa prawidłowego funkcjonowania mechanizmu gospodarki rynkowej, niosącego korzyści społeczne⁵⁰. Określone przez Trybunał ramy niniejszego domniemania powinny więc mieć istotne znaczenie dla praktyki stosowania art. 81 TWE i przeciwdziałania nadużywaniu konstrukcji spółki do celów niezgodnych z jej naturą⁵¹.

Jednak wymieniony standard dowodów nie odnosi się do wszystkich przypadków naruszenia reguł konkurencji⁵², ale do domniemań prawnych, których zresztą w prawie konkurencji jest kilka⁵³. Między innymi w orzecznictwie TSUE zostało ukształtowane domniemanie istnienia związku przyczynowego między uzgodnioną praktyką, mającą charakter antykonkurencyjny, a zachowaniem przedsiębiorców na rynku. Przy czym uzgodniona praktyka może być wynikiem jednorazowego spotkania⁵⁴. Z uwagi na wzruszalny charakter domniemania wywierania „istotnego wpływu” spółki dominującej na spółkę zależną, jego stosowanie przez uprawnione organy nie stanowi zagrożenia dla interesów spółki matki, albowiem w czasie toczącego się postępowania

może ona przedstawiać dowody przeciwne. Dotyczyć one mogą m.in. dowiedzenia braku związków organizacyjnych, ekonomicznych i prawnych pomiędzy spółkami, w celu wykazania, iż razem nie stanowią jednego podmiotu gospodarczego⁵⁵. Na spółce dominującej spoczywa ciężar obalenia domniemania istnienia decydującego wpływu – poprzez przedstawienie przekonujących dowodów⁵⁶. Oceny tych dowodów dokonuje organ wykonujący prawo konkurencji⁵⁷. Istotne z prakseologicznego punktu widzenia jest zagwarantowanie pozwanemu optymalnych warunków do przedstawienia przez niego stosownej argumentacji (dowodów przeciwnych). Trybunał konsekwentnie podnosi, że te procedury są respektowane. Jeżeli dowody służące obaleniu domniemania nie zostały przedstawione na etapie dochodzenia prowadzonego przez Komisję, spółka dominująca ma możliwość uczynić to w pisemnej odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów oraz w trakcie ewentualnego przesłuchania. Ponad wszelką wątpliwość spółki skarżące w niniejszej sprawie miały taką możliwość.

W zasadzie reguły stojące na straży ochrony konkurencji są skierowane do przedsiębiorstw i są wobec nich bezpośrednio stosowane, niezależnie od organizacji i formy prawnej przedsiębiorstw. Decyzje organów administracyjnych w przedmiocie

50 Por. Ł. Wieczorek, *Glosa...*, s. 98 i n.

51 Zob. też w kwestii złagodzenia rygorów dowodowych w związku z koncepcją uprawdopodobnienia naruszenia zakazów ograniczających konkurencję na podstawie art. 12 uokik. Szerzej D. Miąsik, *Uokik, Komentarz...*, s. 741 i n.

52 Zob. art. 2 powołanego już rozporządzenia Komisji nr 1/2003.

53 Konsekwencją traktowania przedsiębiorstwa jako jedności ekonomicznej realizującej cele i strategię wyznaczone bądź nadzorowane przez podmiot dominujący jest domniemanie określone art. 15 uokik.

54 Tak w tezie 3 wyroku Trybunału z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-8/08, niepublik.

55 Tak przyjął Sąd Pierwszej Instancji w pkt 65 zaskarżonego wyroku.

56 Podmiot dominujący może skutecznie argumentować, że jego działania są obiektywnie konieczne ze względu na ważne interesy ogólne zasługujące na ochronę. Tak w odniesieniu do art. 82 TWE A. Albors-Llorens, *The Role of Objective Justification and Efficiencies in the Application of Article 82 EC*, „Common Market Law Review” 2007, nr 6, s. 1727 i n. Jednocześnie coraz istotniejszą rolę odgrywają ekonomiczne instrumenty do analizy zakazów antykonkurencyjnych zachowań przedsiębiorstw, zob. komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 TWE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyk wyłączających, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz.Urz. UE C 45 z 24 lutego 2009, s. 7 i n.).

57 Zadaniem Komisji jest ocena przedstawionych dowodów służących obaleniu domniemania oraz ewentualne zrewidowanie wniosków wysuniętych w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów.

nałożenia sankcji z tytułu naruszeń reguł konkurencji są adresowane wyłącznie do osób, także dlatego, że tego typu decyzje muszą zostać wykonane. Dla przypisania naruszeń kartelowych rozstrzygająca jest zasada odpowiedzialności indywidualnej. Naruszenie należy przypisać osobie fizycznej lub prawnej, która prowadzi przedsiębiorstwo uczestniczące

uważać odpowiedzialności spółki dominującej za opartą na koncepcji niezależnej od winy. Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Akzo Nobel NV* uznał, że Sąd Pierwszej Instancji nie naruszył prawa w odniesieniu do dziedziny, której dotyczył wyrok, tj. w kwestii domniemania wywierania decydującego wpływu spółki dominującej na antykonkurencyjne zachowania

Istotne z aksjologicznego i prakseologicznego punktu widzenia jest zagwarantowanie pozwanemu optymalnych warunków do przedstawienia przez niego stosownej argumentacji.

w kartelu. Decyzja o nałożeniu grzywny na przedsiębiorstwo lub jego związki musi być zatem skierowana do konkretnego podmiotu i uzasadniona⁵⁸. Również w omawianym wyroku Trybunał stwierdził, że wspólnotowe prawo konkurencji opiera się na zasadzie odpowiedzialności osobistej podmiotu gospodarczego, który popełnił naruszenie⁵⁹. W sytuacji gdy spółka dominująca jest w rozumieniu prawa wspólnotowego częścią przedsiębiorstwa, uważana jest za odpowiedzialną solidarnie, wraz z innymi podmiotami prawa tworzącymi tego rodzaju jednostkę, za naruszenie prawa konkurencji. Nawet jeżeli nie bierze ona bezpośredniego udziału w naruszeniu, to jednak w sytuacji posiadania 100% kapitału spółek zależnych domniemywa się, że wywiera na nie decydujący wpływ. Zatem w powyższym kontekście nie można

rynkowe jej spółek zależnych. Wniesione przez spółki zarzuty uznał za dopuszczalne, ale oddalił je w całości jako w okolicznościach tej sprawy niezasadne. Przedmiotowe domniemanie powinno służyć uwrażliwianiu spółek wchodzących w różnego rodzaju powiązania – na przepisy prawa konkurencji.

W obliczu charakterystycznej dla współczesnego obrotu coraz bardziej złożonej struktury organizacyjnej przedsiębiorstw jednostką odpowiedzialną za naruszenie kartelowe nie jest lub nie jest wyłącznie ta, która na zewnątrz występuje jako uczestnik kartelu. Dla stosowania reguł konkurencji nie jest rozstrzygające posiadanie przez dany podmiot odrębnej osobowości prawnej. W sytuacji gdy spółka dominująca wywiera w strukturze jednostki organizacyjnej decydujący wpływ na spółki zależne, przypisanie odpowiedzialności wszystkim spółkom biorącym udział w kartelu, w celu wymierzenia kary z tytułu naruszenia prawa konkurencji – nawet jeżeli spółka dominująca nie brała bezpośredniego w nim udziału – jest zgodne z zasadą odpowiedzialności indywidualnej, jak i celem odnoszącym się do efektywnego egzekwowania prawa konkurencji⁶⁰. Tylko w ten

58 Umożliwiona jest w ten sposób kontrola sądowa oraz dostarczenie zainteresowanemu danych wystarczających do zweryfikowania, czy decyzja nie jest obciążona wadą pozwalającą zakwestionować jej ważność, tak wyroki: z 2 października 2003 r. w sprawie C-199/99 P *Corus UK przeciwko Komisji*, ECR 2003, s. I-11177, pkt 145; z 28 czerwca 2005 r. w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P *Dansk Røindstri i inni przeciwko Komisji*, ECR 2005, s. I-5425, pkt 462; z 29 września 2011 r. w sprawie C-521/09 P *Elf Aquitaine SA*, niepublik.

59 Punkt 77 wyroku.

60 Por. przykładowo wyrok Trybunału Federalnego z 7 kwietnia 2009 r., KZR 42/08, „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report” 2009, nr 8–9, s. 319 (sprawa *Zementkartell*).

sposób może być zagwarantowane, że przy ustaleniu wysokości grzywny zostanie uwzględniona realna siła gospodarcza całego przedsiębiorstwa i nie zostanie zagrożona zasada skuteczności egzekucji kary – w wyniku ewentualnych przesunięć majątkowych pomiędzy spółką dominującą a jej spółką lub spółkami zależnymi⁶¹. Wzruszalne domniemanie

niony przepis Traktatu, niezależnie od wywoływania bezpośrednich skutków w stosunkach między jednostkami, stanowi niezbędną dla osiągnięcia zadań powierzonych Unii Europejskiej regulację z zakresu polityki publicznej. Stąd gdy chodzi o jego stosowanie, wykładnia domniemania nadana przez Trybunał w celu efektywnego wykonywania Traktatu

Przedmiotowe domniemanie powinno służyć uwrażliwianiu spółek wchodzących w różnego rodzaju powiązania – na przepisy prawa konkurencji.

decydującego wpływu służy gwarancjom skutecznego zwalczania praktyk zakłócających konkurencję rynkową, w tym wykrywaniu porozumień kartelowych. Zwłaszcza czyni bardziej skuteczne dochodzenie odpowiedzialności od holdingu, w którym złożone i specyficzne relacje korporacyjne mogą istotnie utrudniać prawidłowe ustalenie podmiotów rzeczywiście odpowiedzialnych za pogwałcenie reguł konkurencji. Z punktu widzenia grup spółek z zastosowaniem niniejszego domniemania łączyć należy zwiększenie ryzyka prawnego ich funkcjonowania w ramach holdingu⁶². Domniemanie jest łatwe do stosowania, umożliwia Komisji sprawne postępowanie na rzecz *effet utile* prawa unijnego w tym obszarze. Ukształtowanego przez Trybunał, w ramach wykładni art. 81 TWE (obecnie 101 TFUE) i przepisów służących jego stosowaniu, domniemania decydującego wpływu nie można traktować wyłącznie w kategorii reguły proceduralnej, której stosowanie zgodnie z zasadą autonomii procesowej podlega uznaniu państwa członkowskiego⁶³. Wymie-

ni jest wiążąca dla organów państw członkowskich UE. Przedmiotowe domniemanie powinno służyć uwrażliwianiu spółek wchodzących w różnego rodzaju powiązania – na przepisy prawa konkurencji. Stanowi też swoistą przestrożę dla podmiotów naruszających omawiane reguły, że skomplikowane, nietransparentne relacje korporacyjne i utajniony charakter porozumień nie wyłączą odpowiedzialności tych podmiotów. Przy stosowaniu niniejszej konstrukcji organy do spraw konkurencji oraz sądy powinny w pełni respektować prawo pozwanego do obrony – zagwarantowane przez konstytucję i akty prawa międzynarodowego, w tym art. 6 ust. 1 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz art. 47 w związku z art. 51 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej. Nie można gubić z pola widzenia faktu, że ochrona mechanizmów gospodarki konkurencyjnej ukierunkowana jest na jej użyteczność dla społeczeństwa. Pewne jej ograniczenia mogą być usprawiedliwione, jeżeli służą dobru wspólnemu.

61 Na ten temat K. Hofstetter, M. Ludescher, *Fines Against Parent Companies in EU Antitrust Law – Setting Incentives for „Best Practice Compliance”*, „World Competition: Law and Economics Review” 2010, nr 1.

62 Ł. Wieczorek, *Glosa...*, s. 105.

63 Należy przypomnieć, że zgodnie z zasadą krajowej autonomii regulacyjnej, w braku w tym zakresie prawodawstwa Unii

w tej dziedzinie, zadaniem wewnętrznego porządku prawnego każdego z państw członkowskich jest wyznaczenie właściwych sądów i określenie zasad postępowania w sprawach mających za przedmiot ochronę uprawnień podmiotów prawa wynikających z prawa UE. Zob. uzasadnienie wyroku Trybunału z dnia 14 września 2010 r.



Marcin Romanowski

Adiunkt w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji UKSW w Warszawie. Zajmuje się m.in. zagadnieniami sprawiedliwości transzycyjnej i prawa rozliczeń z przeszłością, prawa niemieckiego, etyki społecznej oraz prawa naturalnego.



Karol Dobrzeński

Adiunkt w Katedrze Teorii Prawa i Państwa na Wydziale Prawa i Administracji UMK w Toruniu. Zajmuje się m.in. prawnymi aspektami społeczeństwa informacyjnego, reprivatyzacją, zagadnieniami bezpieczeństwa publicznego i doktrynami polityczno-prawnymi „wojny z terroryzmem”; autor publikacji na ten temat.

Marcin Romanowski, Karol Dobrzeński

Aktualne problemy obowiązywania i stosowania dekretów PKWN

Current problems of validity and application of the acts of the Polish Committee of National Liberation

The purpose of this article is to analyse the process of settling accounts with the communist lawlessness with particular emphasis on the nationalization. Polish legislator has not yet adopted a comprehensive regulation on the compensation for property damages caused after the Second World War. For the last twenty years a redress has been made on a very limited scale, mainly by the administrative courts. The article refers to a controversial decision of the Polish Constitutional Tribunal made in 2010, in which the Tribunal undermined the possibility of challenging the post war expropriation cases before administrative courts. This decision is discussed in terms of violating the principle of citizens' trust in state.

Wprowadzenie

Regulacje o charakterze nacjonalizacyjnym wydawane w Polsce w okresie instalowania się reżimu komunistycznego wciąż stanowią podstawę rozstrzygania o sytuacji prawnej co najmniej kilkudziesięciu tysięcy osób (obywateli polskich i cudzoziemców), które starają się o zwrot mienia odebranego im przez władze komunistyczne po 1944 roku¹. Jako

Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi „od 1990 r. do końca I półrocza 2009 r. do Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi wpłynęło 17 081 spraw związanych z rewindykacją nieruchomości przejętych na rzecz Skarbu Państwa” (informacja za uzasadnieniem do postanowienia TK z dnia 1 marca 2010 r., P 107/08). Z kolei w ramach oceny skutków regulacji (OSR) do rządowego projektu ustawy z 2009 r. o świadczeniach pieniężnych przyznawanych niektórym osobom, których dotyczyły procesy nacjonalizacji, oszacowano, że do urzędów wojewódzkich może

¹ Zgodnie z informacją przekazaną Trybunałowi Konstytucyjnemu przez

przykład może posłużyć dekret PKWN z dnia 6 września 1944 r. o przeprowadzeniu reformy rolnej² (dalej: dekret o reformie rolnej). Zdecydowana większość poszkodowanych przez ten akt nie ma szans, w obecnym stanie prawnym, na jakąkolwiek rekompensatę poniesionych po drugiej wojnie światowej strat majątkowych. Polski ustawodawca, wbrew trendowi obecnemu we wszystkich państwach Europy Środkowo-Wschodniej, nie uchwalił dotąd ustawy reparywacyjnej, która kompleksowo uregulowałaby problemy roszczeń byłych właścicieli. W tej sytuacji poszkodowanym pozostaje możliwość dochodzenia swoich roszczeń na drodze administracyjnej lub przed sądami powszechnymi. Muszą wykazać, że w konkretnej sprawie przejęcie nieruchomości przez państwo następowało bez podstawy prawnej lub z naruszeniem prawa (tu: dekretu). Sytuację prawną poszkodowanych dodatkowo komplikuje przyjęta przez Trybunał Konstytucyjny koncepcja obowiązywania norm stanowionych przez PKWN, która z jednej strony uniemożliwia ocenę ich konstytucyjności, z drugiej sprawia, że normy te wywierają skutki prawne i nadal są podstawą orzekania³.

Przez ostatnie dwadzieścia kilka lat Rzeczpospolita Polska nie zdecydowała się na kompleksowe rozwiązania prawne, jasno i precyzyjnie określające,

wpłynąć około 80 tys. wniosków o świadczenie od osób, którym w drodze nacjonalizacji odebrano nieruchomości, wyposażenie aptek lub tabor żeglugi śródlądowej.

2 Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 6 września 1944 r. o przeprowadzeniu reformy rolnej, Dz.U. Nr 10, poz. 51, z późn. zm.

3 Obrazuje to sytuacja, w której Trybunał Konstytucyjny z jednej strony umarza postępowanie (postanowienie TK z 28 listopada 2001 r., SK 5/01), wskazując na bezprzedmiotowość aktualnej oceny konstytucyjności przepisów dekretu o przeprowadzeniu reformy rolnej, uznając, że zostały one „skonsumowane” przez jednorazowe wywołanie określonych skutków prawnych w dniu wejścia dekretu w życie, z drugiej zaś strony stoi na stanowisku, iż norma rozporządzenia wykonawczego do ww. dekretu (§ 5) „aktualizuje się każdorazowo, gdy zaistnieje potrzeba wszczęcia postępowania weryfikującego podpadanie danej nieruchomości pod regulację dekretu”. Przepis ten traktowany jest jako norma kompetencyjna dla organu, który ma obowiązek rozpoznać sprawę mającą za przedmiot podpadanie danej nieruchomości pod działanie art. 2 ust. 1 pkt e dekretu.

które akty prawne (tak generalne, jak i indywidualne) wydawane w okresie PRL, w szczególności w latach 1944–1956, należy uznać za ważne i wywierające skutki prawne, które zaś z racji naruszania podstawowych interesów państwa i obywateli – są nieważne. W odniesieniu do tych ostatnich przepisy prawa rozliczeń z przeszłością musiałyby określić konsekwencje nieważności oraz ewentualną możliwość legalizacji stanów faktycznych ukształtowanych pod wpływem nieważnych aktów, a także sposób zadośćuczynienia osobom dotkniętym ustawowym czy sądowym bezprawiem.

Jeżeli przyjąć, że tworzenie prawa, jak i zaniechania w tym względzie stanowią działalność celową, można dojść do wniosku, iż rezygnacja z konsekwentnych uregulowań rozliczeniowych po roku 1989 wynikała najprawdopodobniej z uznania przez prawodawcę, że państwo komunistyczne w żadnym z jego okresów nie było państwem bezprawia, porównywalnym chociażby z hitlerowskimi Niemcami. W konsekwencji zrezygnowano z regulacji rozliczeniowych, a co za tym idzie – nie dostrzeżono konieczności naprawienia szkód.

Zadekretowane bezprawie

Ujawnione w ostatnich latach przez historyków informacje o okolicznościach i rzeczywistych celach uchwalenia, a także o sposobie wykonania wielu z powojennych dekretów podają w wątpliwość to założenie i dowodzą tezy przeciwnej: pod wieloma względami prawodawstwo pierwszych lat powojennych, w tym dekret o reformie rolnej, przybiera klasyczne cechy ustawowego bezprawia. Tzw. reforma rolna z roku 1944, jedynie z nazwy nawiązywała do reform agrarnych przeprowadzanych przez państwa europejskie w XIX i XX wieku. Tam przebudowa ustroju rolnego przyjmowała postać działań ewolucyjnych, kierunkowych i przemysłanych, wprowadzanych z poszanowaniem podstawowych zasad społeczno-politycznych państw konstytucyjnych. Natomiast po 1944 roku w Polsce mieliśmy do czynienia z „*de facto* i *de iure* wywłaszczeniem dotychczasowych właścicieli bez odszkodowania”⁴.

4 W. Sułkowska, *Dyskusja nad kierunkami przebudowy systemu agrarnego w Polsce (1919–1939)*, Kraków 1993, s. 10, cytata za:

Działania podejmowane w tej materii przez PKWN były próbą pozyskania chłopów dla nowej władzy oraz przygotowaniem warunków ułatwiających przyszłą kolektywizację polskiej wsi, na wzór sowiecki. Dekret o reformie rolnej stanowił element stra-

wego – pozakonstytucyjny organ władzy, ustanowiony przy udziale ZSRR na części ziem polskich, opartych przez Armię Czerwoną. Działania PKWN i jego bieżąca polityka były całkowicie kontrolowane i sterowane przez władze Związku Radzieckiego⁶.

Dekret o reformie rolnej stanowił element strategii politycznej inspirowanej przez ZSRR, mającej na celu siłowe wprowadzanie w Polsce ustroju komunistycznego.

teologii politycznej inspirowanej przez kierownictwo Związku Radzieckiego, mającej na celu wprowadzanie siłą i jak najszybciej ustroju komunistycznego we wszystkich dziedzinach życia. Był aktem niepewnej swojej legitymacji władzy rewolucyjnej, opierającej się głównie na sile wojskowej obcego państwa, szukającej w trybie przyspieszonym poparcia społecznego wśród ludności wiejskiej – aktem przeprowadzonym w trakcie toczących się działań wojennych i niemającym formy ustawowej. Bardziej niż na przebudowę ustroju rolnego nacisk położono na likwidację warstwy ziemiańskiej, czyli wyeliminowanie środowisk, co do których wiadomo było, że będą władzom komunistycznym przeciwne. Zniesienie prywatnej własności środków produkcji odbierało też materialne podstawy do jakiegokolwiek niezależnej działalności społecznej, politycznej i wojskowej na terenie kraju⁵.

Dekret o reformie rolnej z 6 września 1944 r. został ogłoszony przez Polski Komitet Wyzwolenia Narodo-

Nie był też on uznawany przez rządy innych państw. Dekret stanowił, że na rzecz Skarbu Państwa przechodzą niezwłocznie i bez żadnego wynagrodzenia m.in. nieruchomości ziemskie przekraczające obszar 50 ha użytków rolnych. W praktyce działaniem dekretu objęte zostały również nieruchomości, które nie spełniały przesłanek w nim określonych. Minister Sprawiedliwości wydał 7 sierpnia 1945 r. okólnik nr 47, w którym zabraniał urządowi ziemskiemu oraz sądom rozpatrywania spraw kwestionujących zasadność zaboru ziemi na cele reformy rolnej i sankcjonował wszystkie decyzje w tej dziedzinie, bez względu na to, czy były podjęte zgodnie z przepisami dekretu o reformie rolnej. Rozszerzający się w latach 40. zakres administracyjnej kontroli nad obrotem ziemią był następstwem m.in. wydania przez Ministra Sprawiedliwości pisma okólnego z 20 października 1948 r. „w sprawie obchodzenia przepisów o przeprowadzeniu reformy rolnej”, adresowanego do notariuszy⁷.

M. Stanulewicz, *Reforma rolna jako próba regulacji stosunków agrarnych w Polsce. Koncepcje i próby ich realizacji w latach 1918–1944* (w:) E. Borkowska-Bagieńska, W. Szafranski, *Reformy rolne w Polsce międzywojennej i powojennej. Prawo – realizacja – skutki – problemy repywatyzacyjne*, Poznań 2008, s. 14.
5 W. Gomułka, *Pamiętniki*, t. II, Warszawa 1994, s. 307–309; Polskie Towarzystwo Ziemiańskie, *Reforma rolna 1944–1945 czy komunistyczna zbrodnia? Dokumenty i materiały. Świadectwa. Wnioski*, Warszawa 2009.

6 *Protokoły posiedzeń Biura Politycznego KC PPR 1944–1945. Dokumenty do dziejów PRL*, oprac. Aleksander Kochański, Warszawa 2002.

7 S. Breyer, *Obrót nieruchomościami ziemskimi (nowe zarządzenie Ministra Sprawiedliwości)* – pismo okólnie Ministra Sprawiedliwości z 20 X 1948 r. w sprawie obchodzenia przepisów o przeprowadzeniu reformy rolnej, „Przegląd Notarialny” 1948, t. 2. Por. także J. Selwa, A. Stelmachowski, *Prawo rolne*, Warszawa 1970, s. 57.

Wdrażaniu w życie dekretu towarzyszyło planowe likwidowanie ziemiaństwa jako wrogiej klasy społecznej. Wykonywanie dekretu wsparto dekretem o ochronie państwa, wydanym 30 października 1944 r. również przez PKWN⁸. Akt ten przewidywał m.in. karę śmierci za udaremnianie lub utrudnianie reformy rolnej i za nawoływanie do czynów przeciw reformie, a nawet za publiczne sprzyjanie takim czynom. Reformie towarzyszyły brutalne wypędzenia dawnych właścicieli z dotychczasowych miejsc zamieszkania, z zakazem osiedlania się w tym samym powiecie, grabież oraz zniszczenie gromadzonych od pokoleń dóbr kultury⁹. Represje stosowano także wobec ludności wiejskiej, która odmawiała udziału w rabunku dworów lub w parcelacji ziemi.

Wiele kluczowych aktów PKWN nie spełniało podstawowych wymogów praworządności formalnej. Przykładowo, dekret o nacjonalizacji lasów z 12 grudnia 1944 r.¹⁰ uchwalono z naruszeniem wszelkich reguł proceduralnych. Jak dowodzą zachowane w Archiwum Akt Nowych protokoły z posiedzeń PKWN, przy uchwalaniu tego dekretu nie było kworum wymaganego w przyjętym przez PKWN Regulaminie Urzędowania¹¹. Na posiedzeniu 12 grudnia 1944 r., kiedy ten dekret uchwalano, było obecnych tylko czterech z 15 imiennie powołanych członków PKWN.

Przez szereg lat po wejściu w życie dekretu osoby, którym odebrano własność, spotykały się z różnymi formami represji ze strony państwa. Również po roku 1989 z dyskursu prawnego zostali wyłączeni poszkodowani przez dekrety PKWN, którzy podnosili postulat reprywatyzacji w ramach definiowania zasady dobra wspólnego i sposobu jego urzędowania w systemie prawnym po przemianach ustrojowych. W miejsce regulacji kompensujących i weryfikujących skutki prawne dekretów PKWN następowała

i następuje wtórna legitymizacja aktów państwa bezprawia. Zarówno Trybunał Konstytucyjny, jak i inne sądy nie potrafią w sposób jasny i zdecydowany zerwać z prawem *ancien regime'u*. Oczywiście *gros winy* leży po stronie prawodawcy: na czym mają bowiem oprzeć się sądy, skoro nie ma nowych rozwiązań reprywatyzacyjnych. Nie zmienia to jednak faktu, że w działalności polskiego sądownictwa – będącego stale pod znaczącym wpływem przebrzmiałego, twardego pozytywizmu – brakuje odważnie krytycznego ustosunkowania się do rażąco niesprawiedliwych regulacji okresu sprzed 1989 roku. Wydaje się, że 22 lata, które minęły od upadku reżimu komunistycznego, to wystarczająco długi czas, aby podjąć poważną refleksję nad odniesieniem do pozostałości prawa stanowionego w tym okresie i w sposób zdecydowany odciąć się od tych jego elementów, które stanowią ewidentne i rażące bezprawie.

Można w tym miejscu pokusić się o porównanie i postawić następujące pytanie. Czy we współczesnych Niemczech byłoby możliwe, żeby sądy powszechne dokonywały subsumcji przepisów z ustaw norymberskich w celu oceny tego, czy dany skutek prawny nastąpił w latach 30. XX wieku, czy też nie miał on miejsca? Czy mogłyby przykładowo ustalać, iż danej osobie przysługiwał status „obywatela krwi niemieckiej” w rozumieniu ówczesnego prawa, czy też status ten jej nie przysługiwał, a więc np. zawarte przezeń małżeństwo nie było ważne? W Polsce po 1989 r. mamy do czynienia z ustaloną praktyką orzekania przez sądy na podstawie dekretów wydawanych przez PKWN – pozakonstytucyjnego tworu politycznego, będącego ekspozyturą obcego państwa totalitarnego – o tym, czy w danej sprawie spełnione zostały ustanowione przez te dekrety przesłanki nacjonalizacji majątków polskich obywateli. Trybunał Konstytucyjny za kryterium obowiązywania tych dekretów uznał nie „konstytucyjną legitymację” organów, które je wydawały, ale „efektywność” wykonywanej przez te organy władzy państwowej w tamtym czasie¹². W praktyce oznacza to, że są one w takim

8 Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 30 października 1944 r. o ochronie Państwa, Dz.U. z 1944 r. Nr 10, poz. 50.

9 Por. K. Jasiewicz, *Lista strat ziemiaństwa polskiego 1939–1956*, Warszawa 1995, *passim*.

10 Dekret PKWN z 12 grudnia 1944 r. o przejęciu niektórych lasów na własność Skarbu Państwa, Dz.U. z 1944 r. Nr 15, poz. 82.

11 Archiwum Akt Nowych, zbiór: PKWN, sygn. I/4, karty archiwalne 291–302.

12 Praktykę tę uznał Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 28 listopada 2001 r., SK 5/01: „Brak konstytucyjnoprawnej legitymacji takich organów jak PKWN, KRN, Rząd Tymczasowy, a także wątpliwa legitymacja później istniejących

samym stopniu częścią polskiego systemu prawa jak wszelkie inne akty stanowione przez parlament.

Państwo bezprawia

Niesprawiedliwość powojennych konfiskat mienia opiera się na fakcie, że pozbawianie własności następowało bez odszkodowania, w oderwaniu od konkretnych celów dobra wspólnego, ponadto w formie niezgodnej z zasadą ochrony własności prywatnej. Co jednak równie istotne z punktu widzenia zakresu regulacji prawa rozliczeń z przeszłością, konfiskaty te dokonywane były na szeroką skalę, jako element inżynierii społecznej. Regulacje dotyczące reformy rolnej stanowiły istotny czynnik służący ugruntowaniu władzy komunistycznej, zasadniczy i konieczny element ówczesnego systemu polityczno-prawnego, wykazujący wiele charakterystycznych cech totalitaryzmu¹³. Po 1945 roku Polska była państwem represyjnym, przestępczym, zawsze gotowym do użycia przemocy i w swoich początkach zbrodniczym¹⁴, które – nawiązując do niemieckiej doktryny i nie wdając

się w rozstrzygnięcie sporu co do totalitarnego charakteru PRL¹⁵ – można określić jako państwo bezprawia. W konsekwencji niektóre regulacje tego państwa należy zakwalifikować jako bezprawie przybrane w formę *prima facie* prawa.

Do właściwej oceny poszczególnych regulacji konieczne jest uwzględnienie ich rzeczywistej – a nie tylko deklarowanej – roli w ówczesnym systemie prawnym. Bez takiego, odwołującego się do względów systemowych i funkcjonalnych, sposobu interpretacji niełatwo jest rozpoznać rzeczywiste znaczenie instytucji prawnych *ancien regime'u*. Za przykład niech posłużą regulacje dotyczące użycia broni w celu ochrony granic, które były w swoim brzmieniu prawie identyczne w RFN i NRD. Nie trzeba przypominać, jak różniła się praktyka ich interpretacji po dwóch stronach niemiecko-niemieckiej granicy. Analogicznie, regulacje wywłaszczeniowe w państwach komunistycznych mogły wykazywać spore podobieństwa do modelu polityki własnościowej w krajach zachodnich. Przy ich prawnej ocenie współcześnie nie można jednak abstrahować od ich celu i znaczenia dla państwa bezprawia.

Zrozumienie cech systemu prawnego takiego państwa umożliwia właściwą interpretację i ocenę poszczególnych rozwiązań. System prawny państwa bezprawia cechowała swoista równoległość: nie wszystkie regulacje i działania aparatu państwa są bezprawiem, wiele aspektów jego funkcjonowania, w tym regulacja stosunków prawnych dotyczących życia codziennego – nawet jeśli nie zawsze spełniają one najwyższe standardy – może być bowiem do przyjęcia w zachodnich demokracjach. Charakter reżimu podlega natomiast ocenie z punktu widzenia

organów, nie może nieść konsekwencji w postaci ignorowania faktu, że efektywnie wykonywały one władzę państwową. Akty normatywne tych organów były podstawą rozstrzygnięć indywidualnych, które m.in. ukształtowały strukturę własnościową w obszarze własności rolnej, a także stosunki prawne w innych dziedzinach życia społecznego”.

13 E. Jesse, „Entnazifizierung” und „Entstasifizierung” als politisches Problem. Die doppelte Vergangenheitsbewältigung (w:) J. Isensee (ed.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Berlin 1992, s. 15 i n., P. Schneider, *Rechtsstaat und Unrechtsstaat – Ihre Relevanz für den Staatsbegriff der allgemeinen Staatslehre und des Völkerrechts*, 1984, s. 10, 33; por. również I. Pogany, *Righting wrongs in Eastern Europe*, Manchester/New York 1997, s. 9. Ze względu na interesujący w tym artykule okres bezpośrednio po 1945 roku, pominąć można spór między zwolennikami teorii ewolucji totalitaryzmu ku autorytaryzmowi, przyjmującymi lata 1953–1956 za początek tego procesu w odniesieniu do państw satelickich i samego ZSRR, por. np. F. Fukuyama, *Koniec historii*, Poznań 1996, s. 63 i n. – a zwolennikami tezy o niezmiennie totalitarnym charakterze systemów komunistycznych, np. A. Besançon, *Przekleństwo wieku. O komunizmie, narodowym socjalizmie i jedyności Zagłady*, Warszawa 2000.

14 S. Courtois i inni, *Czarna księga komunizmu. Zbrodnie, prześladowania, terror*, Warszawa 1999, s. 366.

15 Państwa bezprawia nie można jednoznacznie utożsamiać z totalitarną dyktaturą, jakkolwiek każde państwo spełniające cechy totalitaryzmu będzie za takowe uznane, por. R. Dreier, *Rechtsphilosophische Aspekte juristischer Vergangenheitsbewältigung*, „Zeitschrift für Gesetzgebung” 1993, s. 305. Dla zakwalifikowania konkretnego reżimu do tego typu nie jest konieczna całkowita centralizacja władzy politycznej, silna ideologizacja życia społecznego czy obecność politycznie stymulowanego i sterowanego masowego udziału obywateli w życiu politycznym, w miejsce czego oczekiwana jest raczej ich polityczna apatia i niezainteresowanie dobrem wspólnoty.

radikalnych odstępstw od wymogów sprawiedliwości i słuszności uznawanych przez narody cywilizowane¹⁶, stanowiących właśnie o jego istocie. Jest to *im Kern Unrechtsstaat*¹⁷, rozumiany jako reżim funkcjonujący na dwóch poziomach, państwo „podwójne”, „równoległe”, *Doppelstaat*¹⁸. Cecha ta implikuje konieczność wyróżnienia określonych kategorii jego działań, decydujących o perwersji systemu i podlegających kontroli, uchyleniu, bądź z którymi związana jest możliwość czy obowiązek dokonania świadczeń

podnosił (używając terminologii Alexego) roszczenie słuszności – gdyby było inaczej, trudno byłoby prawdopodobnie w ogóle mówić o nim jako o systemie prawa²⁰. Konsekwencją tego jest fakt, że ocena systemu tylko częściowo dokonywana może być w oparciu o analizę oficjalnych źródeł prawa, w dużej zaś mierze zależy od sposobu jego stosowania i od wymykających się wymiernej ocenie relacji między prawem a polityką. Cechę tę należy uwzględnić przy interpretacji prawa takich reżimów, w których obok

Charakter reżimu podlega ocenie z punktu widzenia radykalnych odstępstw od wymogów sprawiedliwości i słuszności uznawanych przez narody cywilizowane, stanowiących o jego istocie.

odszkodowawczych czy wyrównawczych. Wyróżnienie dokonywane może być w oparciu o pojęcia nie-dookreślone, często otwarte. Wynika to z trudności ujęcia w języku norm prawnych wszystkich możliwych stanów faktycznych z przeszłości, z ich skomplikowaniem, i jest cechą charakterystyczną prawa okresu transformacji¹⁹.

Reżim komunistyczny zabiegał o legitymizację systemu w wymiarze zewnętrznym i wewnętrznym,

prawa pisanego funkcjonowały sprzeczne z nim ogólne, niepublikowane i niepisane reguły, mające wyższą moc wiążącą. Nie były one wyjątkiem, ale czymś immanentnym. Dlatego interpretacja w duchu zasady państwa prawa zamiast właściwie opisywać, fałszuje obraz rzeczywistości prawnej takich reżimów.

W państwie bezprawia prawo miało ponadto charakter fasadowy, stosowane było przez aparat, dopóki było to w interesie grupy rządzącej²¹. Stan ten jest konsekwencją braku instytucjonalnych gwarancji realnego, a nie tylko deklarowanego przestrzegania prawa i sposobu dochodzenia odszkodowania w przypadku wyrządzenia szkody przez organy państwa. W komunistycznym czy socjalistycznym systemie o jego bezprawności świadczyło, że prawo i jego instytucje w rzeczywistości nie stały ponad ani nawet obok polityki, ale podporządkowane były roszczeniom władczym partii rządzącej, były narzędziem do wykonywania i zachowania władzy. Moc obowiązująca prawa opierała się na woli par-

16 Na ten temat, w kontekście selektywności pamięci o przeszłości por. I. Markovits, *Selective Memory: How the Law Affects What We Remember and Forget about the Past – The Case of East Germany*, „Law and Society Review” 2001, vol. 35, nr 3, s. 543.

17 H. Sandler, *Die DDR ein Unrechtsstaat – ja oder nein?*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 1993, s. 4.

18 E. Fraenkel, *Der Streit um die Anerkennung der DDR im Licht der politischen Wissenschaft*, „Das Parlament” 1971, Beilage 14.

19 R. Dolzer, *Die Verantwortlichkeit für die Hinterlassenschaft der DDR* (w:) J. Isensee, P. Kirchhof (ed.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tom VIII, § 195, Nb. 21; Ch. Starck, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das positive Recht* (w:) R. Alexy, R. Dreier, U. Neumann (ed.) *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*, Stuttgart 1991, s. 376 i n., por. również I. Markovits, *Selective Memory...*, s. 549.

20 Por. R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München 1992, s. 64 i n.

21 H. Sandler, *Die DDR ein Unrechtsstaat...*, s. 4.

tii i podporządkowanego jej aparatu państwowego, i trwała tak długo, jak długo wspierała realizację woli kierownictwa partyjnego²².

Najnowsze orzecznictwo w sprawie wywłaszczeń

Po roku 1989 orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Sądu Najwyższego powstawało na kanwie zaledwie wy-cinka problematyki otwartych kwestii majątkowych z przeszłości. Najwięcej rozstrzygnięć sądowych dotyczyło zespołów dworskich i pałacowo-parkowych.

obiektywną. Zgodnie z tą regułą, w przypadku przepisów wydanych w całkowicie odmiennych od obecnych warunkach społecznych, ekonomicznych i politycznych przy interpretacji nie należy kierować się wolą historycznego prawodawcy. Wykładnia przepisów o reformie rolnej dokonywana po przemianach ustrojowych uwzględnia szerokie gwarancje ochrony własności prywatnej akceptowane przez aktualnego prawodawcę. Najważniejszymi tego przejawami były m.in.: interpretacja zawężająca przepisów nacjonalizacyjnych (np. zastosowanie kryterium rodzaju gruntów, a nie tylko kryterium obszarowego), ko-

W państwie bezprawa prawo miało charakter fasadowy, stosowane było przez aparat, dopóki było to w interesie grupy rządzącej.

Palącym zagadnieniem do rozstrzygnięcia w ostatnim czasie była dopuszczalność korzystniejszego dla dawnych właścicieli trybu administracyjnego dochodzenia roszczeń reprivatyzacyjnych. Przy okazji podjęcia tej kwestii szczegółowej, najważniejsze organy polskiego wymiaru sprawiedliwości odniosły się także do fundamentalnego zagadnienia z zakresu reprivatyzacji, tj. oceny mocy obowiązującej przepisów wywłaszczeniowych²³. Kwestia ta stanowi jeden z kluczowych, nierozwiązanych przez prawodawcę problemów działania konfiskat z okresu reformy rolnej. Jak pokazuje poniższa analiza, również sądy nie były w stanie poradzić z nim sobie w sposób kompleksowy i spójny.

W przeciągu ostatnich dwóch dekad w orzecznictwie ukształtowała się swego rodzaju tendencja reprivatyzacyjna. Następowało stopniowe zastępowanie wykładni subiektywnej wykładnią

rzystna dla dawnych właścicieli wykładnia terminu „nieruchomość ziemska”, dopuszczenie tańszego trybu administracyjnego do orzekania o kwestiach cywilnoprawnych, czy też prowaścicielska wykładnia przepisów o zasiedzeniu²⁴.

22 W. Berg, *Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechts-staatlichen Vergangenheit*, „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer” 1991, z. 51, s. 49 i n.

23 Rozporządzenie do dekretu Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 6 września 1944 r. o przeprowadzeniu reformy rolnej, Dz.U. Nr 10, poz. 51 ze zm.

24 Już w uchwale Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 września 1990 r., sygn. TK W 3/89 podkreślono, iż z przepisów dekretu PKWN nie wynika, by na potrzeby reformy rolnej były przeznaczone nieruchomości niemające charakteru rolnego, a w szczególności te, które nie pozostawały w funkcjonalnej łączności z gospodarstwem rolnym, np. działki budowlane. TK uznał, że intencją ustawodawcy było przeznaczenie na cele reformy rolnej tych nieruchomości lub ich części, które są lub mogą być wykorzystane do prowadzenia działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie produkcji roślinnej, zwierzęcej czy sadowniczej. Wykładnia pojęcia „nieruchomości ziemskiej” zawarta w ww. uchwale TK znalazła odzwierciedlenie w licznych wyrokach WSA w Warszawie, jak i w wyrokach NSA. Przedstawionej linii nie kwestionowano także w orzeczeniach SN. Przykładowo, NSA w wyroku z 6 listopada 2000 (IV SA 801/99, LEX nr 53402) uznał, że „brak zdefiniowania pojęcia »nieruchomość ziemska« nie uprawnia do obejmowania jego zakresem wszystkich nieruchomości na terenach wiejskich i miejskich w zależności od swobodnego uznania organu”. W wyroku z dnia 22 kwietnia 2005 r.

Na mocy m.in. § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Reform Rolnych z dnia 1 marca 1945 r. w sprawie wykonania dekretu o reformie rolnej sądy powszechne zostały wyłączone od orzekania w sprawach dotyczących prawidłowości aktów nacjonalizacji. Kwestie te zostały powierzone wyłącznej kompetencji organów administracji. Symptomatyczna jest treść uzasadnienia do uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 13 października 1951 r.²⁵. Sąd stanął w niej na stanowisku, że „[w]ładze powołane do wykonania dekretu o przeprowadzeniu reformy rolnej nie mogłyby należycie sprostować swemu zadaniu, jeśliby sądy swymi orzeczeniami mogły obalać ich zarządzenia i burzyć w ten sposób podstawy, na których był zbudowany cały plan ich działalności”.

W nowych realiach społeczno-politycznych, po kilku latach rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych i administracyjnych, NSA uchwałą z 5 czerwca 2006 r. rozstrzygnął, że § 5 ww. rozporządzenia może stanowić podstawę orzekania w drodze decyzji administracyjnych o tym, czy dana nieruchomość lub jej część wchodzi w skład nieruchomości podlegających wywłaszczeniu (tj. nieru-

chomości ziemskich o określonym w art. 2 ust. 1 lit. e charakterze oraz powierzchni) na podstawie dekretu o przeprowadzeniu reformy rolnej²⁶. W konsekwencji tańszy i szybszy od cywilnoprawnego tryb administracyjny otworzył drogę dla kilkudziesięciu tysięcy dawnych właścicieli – w oparciu o proceduralne i materialnoprawne regulacje komunistycznych dekretów – do odzyskania skonfiskowanych zespołów dworskich i pałacowo-parkowych.

Tymczasem orzeczeniem z 1 marca 2010 r.²⁷ TK uznał przepis § 5 rozporządzenia za nieobowiązujący, dokonując ocen sprzecznych z dotychczasowym orzecznictwem sądów powszechnych i administracyjnych. Trybunał Konstytucyjny orzekł, że § 5 rozporządzenia przestał obowiązywać z dniem formalnego zakończenia reformy rolnej w 1958 r. (wejście w życie ustawy z 12 marca 1958 r. o sprzedaży państwowych nieruchomości rolnych) – mimo braku wyraźnej jego derogacji, jako że przez samoskonsumowanie się tych regulacji nie ma możliwości ich dalszego stosowania, co skutkuje utratą mocy obowiązującej przepisu. W konsekwencji TK rozstrzygnął, że przepis § 5 rozporządzenia nie może być podstawą prawną do wydawania przez organy administracji decyzji administracyjnych o podpadaniu, bądź nie, danej nieruchomości pod przepisy dekretu, jego zaś stosowanie jest praktyką bezpodstawną²⁸, wobec czego do orzekania o prawach rzeczowych osób pozbawionych majątków ziemskich w ramach reformy

II CK 653/04 Sąd Najwyższy uznał, że „[...]przez określenie »nieruchomości ziemskie« należy rozumieć te obiekty mienia nieruchomego, które mają charakter rolniczy”. Z kolei w świetle stwierdzeń uzasadnienia uchwały NSA z dnia 5 czerwca 2006 r., dokonując oceny, czy określona część nieruchomości podpada pod działanie dekretu o reformie rolnej, istotnym jest ustalenie, czy istniał związek funkcjonalny pomiędzy tą częścią a pozostałymi gruntami o charakterze rolnym. Wiele wyroków sądowych dotyczyło problematyki ewentualnego zasiedzenia przejętych bezprawnie nieruchomości. Sąd Najwyższy w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej SN z dnia 26 października 2007 r., III CZP 30/07, przyjął, że w pewnych sytuacjach faktyczne a nieprawne pozbawienie danego podmiotu prawa do sądu, z określonych przyczyn, może być traktowane jako przypadek siły wyższej, pomimo działania w państwie sądów. W uchwale tej Sąd Najwyższy jako przykład przeszkód o charakterze politycznym dochodzenia zwrotu nieruchomości zawładniętej przez państwo wskutek jego aktów władczych wskazał szeroko zakrojone działania nacjonalizacyjne, w ramach których wydano decyzje administracyjne, niemogące być poddane kontroli sądowej, a jednocześnie dotknięte tak istotnymi uchybieniami.

25 C 427/51, OSN nr 1/53, poz. 1.

26 NSA uchwałą siedmiu sędziów z 5 czerwca 2006 r. (I OPS 2/06) ostatecznie zlikwidował dwutorowość postępowań w przedmiocie stwierdzania podpadania danej nieruchomości lub jej części pod działanie dekretu, uznając, że właściwym w tych sprawach jest tryb administracyjny, przed właściwym wojewodą – jako organem I instancji, i ministrem rolnictwa – jako organem II instancji. NSA uznał, że zarówno możliwość dwuinstancyjnego orzekania w postępowaniu administracyjnym, jak i kontrola sądowa decyzji w drodze dwuinstancyjnego postępowania sądowoadministracyjnego w pełni odpowiadają normom konstytucyjnym oraz aktualnym europejskim standardom praw obywatelskich. Od 2006 r. mamy do czynienia z jednolitym orzecznictwem sądów administracyjnych, sądów powszechnych i Sądu Najwyższego w tym zakresie, por. wyrok SN z 30 stycznia 2007 r., IV CSK 350/06.

27 Postanowienie TK z dnia 1 marca 2010 r., P 107/08.

28 Tamże, pkt 4.6.2 uzasadnienia.

rolnej właściwe byłyby wyłącznie sądy powszechne, a nie organy administracji.

Konsekwencją orzeczenia TK z 1 marca 2010 r. byłoby wobec tego zamknięcie drogi prawnej przed sądami administracyjnymi. W tym kierunku znaczenie orzeczenia TK z marca 2010 r. interpretował WSA w Warszawie, umarzając toczące się postępowania z powołaniem się na powszechną moc obowiązującą

potrafił podjąć wysiłku dla uregulowania w drodze ustawowej skutków bezprawia, które trwają nadal w państwie prawa. TK swoim orzeczeniem z 1 marca 2010 r. ostatecznie podważył to zaufanie, kwestionując całkowicie dotychczasową linię orzecznictwa sądów administracyjnych i powszechnych.

Wątpliwości co do znaczenia postanowienia TK z 1 marca 2010 r. dla postępowań administracyjnych

TK orzeczeniem z 1 marca 2010 r. ostatecznie podważył zasadę zaufania obywateli do państwa, kwestionując całkowicie dotychczasową linię orzecznictwa sądów administracyjnych i powszechnych.

orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego²⁹. Oznaczałoby to, że konieczne będzie prowadzenie kosztownych i długotrwałych postępowań przed sądami cywilnymi oraz że zaprzeczony będzie dorobek WSA i NSA dotyczący interpretacji przepisów wyłączeniowych w sposób przyjazny byłym właścicielom. Niejasny stał się ponadto status prawny dotychczas wydawanych orzeczeń – w oparciu o przepisy, co do których TK uznał, że nie obowiązują; czy nie pociąga to za sobą ich nieważności i konieczności w związku z tym przejścia na Skarb Państwa majątku, który został zwrócony lub pozostał w dyspozycji starych-nowych właścicieli.

Ta sytuacja niepewności prawnej – generująca koszty i obniżająca znacznie efektywność wykorzystania zasobów – wynika z faktu, że sądy przez ponad dwadzieścia lat zmuszone były do orzekania w oparciu o przepisy państwa bezprawia. Interpretowały je – opierając się na wykładni obiektywnej – niejednokrotnie w duchu państwa prawnego, ale nadal były to regulacje niespójne aksjologicznie z nowo ustanowionym ładem konstytucyjnym. Sytuacja ta podważała zaufanie do systemu prawnego, który nie

i sądowoadministracyjnych skłoniły WSA w Warszawie do skierowania pytania prawnego do NSA. W odpowiedzi NSA w uchwale z 10 stycznia 2011 r. – w składzie siedmiu sędziów³⁰ – w przedmiocie właściwego trybu uznał, że przepis § 5 rozporządzenia wykonawczego z 1 marca 1945 r. może nadal stanowić podstawę do orzekania w drodze decyzji administracyjnej o tym, czy dana nieruchomości lub jej część podlegają nacjonalizacji dokonanej na podstawie dekretu o przeprowadzeniu reformy rolnej³¹, a zatem czy podpadają pod działanie art. 2 ust. 1 lit. e dekretu.

W pierwszej kolejności NSA wyjaśnił wątpliwości co do znaczenia postanowienia TK o umorzeniu postępowania w związku z uznaniem przez Trybunał nieobowiązywania badanego przepisu, uznając, że postanowienie takie nie jest orzeczeniem w rozumieniu art. 190 ust. 1 Konstytucji³². Opierając się na systemowej regule wykładni nakazującej uwzględniać w procesie interpretacji hierarchię aktów normatywnych

29 Por. przytoczone orzecznictwo WSA w Warszawie w pkt 3.2 uzasadnienia do uchwały NSA z 11 stycznia 2011 r., I OSK 176/10.

30 Uchwała NSA z 11 stycznia 2011 r., I OSK 176/10.

31 Dekret o reformie rolnej, zob. przyp. 1.

32 Artykuł 190 ust. 1 Konstytucji RP: „Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne”.

nych i autonomiczność pojęć konstytucyjnych (czyli pojęcia „orzeczenie” z art. 190 ust. 1 Konstytucji), uznał, że postanowienie TK o umorzeniu postępowania jest formalnoprawnym wyrazem stanowiska TK o braku kompetencji do wydania rozstrzygnięcia, a nie orzeczeniem merytorycznym. Jest oceną o charakterze walidacyjnym, w odniesieniu do której brak podstaw uznawania jej za wiążącą przez inne sądy³³.

Zasadniczym zarówno dla rozstrzygnięcia TK, jak i w konsekwencji dla argumentacji NSA, jest sposób rozumienia pojęć obowiązywania prawa i ich relacji do obowiązku stosowania prawa. Wydaje się, że główną przyczyną całego zamieszania i powodem swobodnego sporu między TK a NSA było błędne rozumienie przez TK pojęcia obowiązywania prawa.

Pojęcie obowiązywania prawa według Trybunału Konstytucyjnego

Trybunał Konstytucyjny nie jest uprawniony zasadniczo do oceny zgodności w aspekcie hierarchicznym aktów normatywnych, które w dniu wydania orzeczenia już nie obowiązują. W praktyce przedmiotem kontroli są części tych aktów, normy prawne zawarte w jednostkach redakcyjnych tekstu prawnego. Stąd dużo miejsca w rozważaniach TK zajmuje ustalenie, czy przepisy dekretu nadal posiadają moc obowiązującą.

Pojęcie obowiązywania prawa podlegało w orzecznictwie TK daleko idącym modyfikacjom³⁴. Początkowo TK przyjmował, że utrata mocy obowiązującej całości lub części aktu normatywnego następuje wskutek uchylenia tego aktu, względnie poszczególnych jego fragmentów, albo upływu czasu, na który akt został ustanowiony³⁵. Opierał się więc na prostym rozumieniu pojęcia obowiązywania prawa.

W toku późniejszej działalności orzeczniczej TK zaczął uznawać, że „przepis obowiązuje w danym systemie prawa, jeżeli można go stosować do sytuacji z przeszłości, teraźniejszości lub przyszłości. Utrata mocy obowiązującej przepisu prawa następuje w sytuacji, gdy nie może być on zastosowany i dopiero wtedy można uznać, że nastąpiła utrata mocy obowiązującej przepisu”³⁶. Nastąpiło jak widać powiązanie posiadania mocy obowiązującej z możliwością stosowania przepisu: „przepis obowiązuje w systemie prawa, dopóki na jego podstawie są lub mogą być podejmowane indywidualne akty stosowania prawa, zaś utrata mocy obowiązującej [...] następuje dopiero wówczas, gdy przepis ten nie może być stosowany do jakiegokolwiek sytuacji faktycznej”³⁷. Z punktu widzenia utraty mocy obowiązującej – poprzez rozróżnienie derogacji częściowej (*pro futuro*) i derogacji pełnej (dotyczącej całego zakresu zastosowania normy, również *ex post*) – nastąpiło zerwanie z rozumieniem derogacji jako pozbawienia aktu mocy obowiązującej i połączenie jej z brakiem możliwości stosowania przepisu. Konsekwencją tego było uznanie, że derogacja aktu nie musi pociągać za sobą utraty przezeń mocy obowiązującej³⁸. Według poglądu TK, tzw. derogacja częściowa, *pro futuro*, nie pociągałaby za sobą utraty mocy obowiązującej w zakresie normowania zdarzeń sprzed derogacji – to jest tych, w odniesieniu do których znajduje zastosowanie. Trybunał rozwinął koncepcję „niezupełnej” mocy obowiązującej, która miałaby zdaniem TK być cechą formalnie uchylonych przepisów, ale mających nadal zastosowanie do ustalania skutków zdarzeń zaistniałych w czasie, w którym ten przepis obowiązywał.

Wydaje się, że powodem przyjęcia takiej interpretacji pojęcia obowiązywania prawa z ustawy o TK było nakierowanie Trybunału na objęcie szerszą kognicją przepisów: również tych, które wprawdzie zostały derogowane (a więc utraciły moc obowiązującą

33 Uchwała NSA z 11 stycznia 2011 r., I OSK 176/10, pkt 3-5 uzasadnienia.

34 Na ten temat: A. Grabowski, B. Naleziński, *Kłopoty z obowiązywaniem. Uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego* (w:) *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001, s. 225 i n.; W. Wróbel, *O niektórych problemach interpretacji pojęcia „obowiązujący akt normatywny” w orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego* (w:) A. Jankiewicz (red.), *Działalność orzecznicza Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 1994, s. 49 i n.

35 Orzeczenie TK z 20 września 1988 r., Uw 6/88, OTK 1/1988, poz. 3, pkt III uzasadnienia.

36 Orzeczenie TK z 11 kwietnia 1994 r., K 10/93, OTK 1/1994, poz. 7, pkt III.1 uzasadnienia.

37 Wyrok TK z 31 stycznia 2001 r., P 4/99, OTK 1/2001, poz. 5, pkt III.3 uzasadnienia.

38 Uchwała z dnia 16 kwietnia 1996 r., W 15/95, OTK 2/1996, poz. 13, pkt II.1 uzasadnienia.

cją), nadal jednak ze względu na zasadę *tempus regit actum* były podstawą do decyzji oraz stanowiły kryterium oceny legalności już podjętych na ich podstawie decyzji. Na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK w jej pierwotnym brzmieniu Trybunał umarzał mianowicie postępowanie, jeżeli akt normatywny w zakwestionowanym zakresie utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał.

To rozwiązanie, początkowo przyjęte w art. 39 ustawy o TK, było niezadowolające z punktu widzenia wymogu ochrony praw i wolności³⁹, jednak taki stan prawny obowiązywał aż do nowelizacji ustawy w 2000 roku, kiedy to wprowadzono (ust. 3 art. 39) możliwość powrotu do zasady kontroli konstytucyjności również nieobowiązujących przepisów, jeżeli wydanie orzeczenia w odniesieniu do takiego przepisu jest konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw.

Tym samym odpadły powody odwołujące się do praw i wolność jednostki, dla których TK przyjmował szeroką interpretację pojęcia obowiązywania prawa. Choć za niezadowolający uznać można brak przesłanki odwołującej się do dobra wspólnego – a nie jedynie dóbr indywidualnych – jako przesłanki, która powinna być dla TK wskazaniem za badaniem konstytucyjności nieobowiązujących aktów normatywnych. Nadal też, na zasadzie pewnej inercji, zasadnicza linia orzecznictwa TK pozostała przy błędnym, niejasnym rozumieniu pojęcia obowiązywania prawa.

Drugą stroną medalu takiego powiązania obowiązywania i stosowania prawa jest przyjęcie w orzecznictwie TK, że mimo braku derogacji całości bądź części aktu normatywnego może nastąpić utrata mocy obowiązującej – w oparciu o rozwiniętą przez Trybunał koncepcję tzw. skonsumowania czy też wyczerpania obowiązywania normy prawnej. Dotyczyć to ma przepisów jednorazowych (konsumujących się i tracących moc obowiązującą w wyniku jednokrotnego zastosowania) oraz przepisów, które „konsument się”, tracąc moc obowiązującą – po upływie pewnego czasu.

39 Por. m.in. A. Zieliński, *Środki ochrony wolności i praw według nowej Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 11–12, s. 29.

Działania jednorazowe i ograniczone w czasie

W odniesieniu do tej grupy przepisów dostrzec można ewolucję poglądów TK, który początkowo dokonywał kontroli konstytucyjności takich „skonsumowanych” aktów⁴⁰, aby następnie wypracować koncepcję utraty mocy obowiązującej – niezależnie od tego, czy miała miejsce derogacja czy nie – przez normy „skonsumowane”, takie których zastosowanie można już całkowicie wykluczyć.

Zdaniem TK przejęcie nieruchomości ziemskich na własność Skarbu Państwa na cele reformy rolnej stanowiło operację o ograniczonych ramach czasowych, polegającą na odebraniu własności wszystkich nieruchomości podlegających w określonym momencie przepisowi art. 2 ust. 1 lit. e dekretu. Nie oznaczało natomiast trwałego uregulowania kwestii wielkości norm obszarowych nieruchomości rolnych, które mogły pozostawać własnością prywatną z tym skutkiem, że ich przekroczenie pociągałoby za sobą przejęcie ich na własność państwa także w przyszłości. Również wcześniej TK w orzeczeniu z 2001 r.⁴¹ wyraził pogląd, że konfiskaty miały charakter „aktu jednorazowego”⁴². Stanowisko to, zgodnie z którym z dniem wejścia w życie dekretu o przeprowadzeniu reformy rolnej doszło do jednorazowego „skonsumowania” skutków prawnorzeczowych art. 2 ust. 1 lit. e dekretu, podzielił Naczelny Sąd Administracyjny w orzeczeniu z 10 stycznia 2011 roku. Podobnie Sąd Najwyższy, w orzeczeniu z 17 marca 2011 r. uznał, że prawo własności nieruchomości ziemskich wymienionych w art. 2 ust. 1 lit. e dekretu przeszło na

40 Por. np. orzeczenie z dnia 24 września 1996 r., K 13/95, OTK 4/1996, poz. 34, pkt III.2 uzasadnienia.

41 Postanowienie z dnia 28 listopada 2001 r., SK 5/01, OTK 8/2001, poz. 266.

42 W innym orzeczeniu – dotyczącym komunalizacji mienia państwowego – TK uznał, że proces komunalizacji został rozciągnięty w czasie i nie da się wykluczyć, że mogą być jeszcze wydawane decyzje stwierdzające nabycie mienia komunalnego. Kwestionowany przepis mógł zatem być stosowany przez organy władzy publicznej, a zatem obowiązywał. Trybunał ocenił konstytucyjność art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 10 maja 1990 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o samorządzie terytorialnym i ustawę o pracownikach samorządowych.

Skarb Państwa z mocy prawa z dniem wejścia dekretu w życie⁴³.

Tymczasem jako kontrargument przeciwko tezie o jednorazowym skutku dekretu wskazuje się, że w chwili kiedy skutek miałby zajść (tj. 13 września 1944 r.), nie był określony zakres terytorialny obowiązywania, stosowania i przestrzegania dekretu – ograniczony do terenów niedookreślonych pod względem granic na prawym brzegu Wisły, okupowanych przez Armię Czerwoną⁴⁴.

Konfiskaty były procesem – nie tylko ze względu na rozciąganie ich działania na kolejne terytoria zajmowane przez wojska radzieckie, ale też ze względu na ich wewnętrzną konstrukcję: same przepisy wywłaszczeniowe przewidywały poszczególne etapy działań organów władzy państwowej. Również cel konfiskat podlegał modyfikacjom, w szczególności poprzez obszerną i dogłębną nowelizację dekretu dokonaną 17 stycznia 1945 r.⁴⁵, ponadto dopiero 15 marca 1945 r. zdefiniowane zostało pojęcie „użytki rolne”⁴⁶.

W konsekwencji można uznać, że konfiskaty na podstawie dekretu o reformie rolnej były trwającym wiele lat procesem z udziałem organów administracji

publicznej, który stanowił istotny element utrzymania władzy komunistycznej i nie mógł jako taki wywołać jednorazowego skutku w dniu wejścia w życie dekretu, 13 września 1944 roku.

Nawet jednak założenie, że działanie dekretu miało charakter jednorazowy i skutek nastąpił *ex lege*, nie powinno wprost prowadzić do uznania utraty mocy obowiązującej dekretu. Pogląd o jednorazowym charakterze wywłaszczeń jest uzasadniany w literaturze⁴⁷, jednakże łączenie z nim – jak to czynił TK – konsekwencji w postaci utraty mocy obowiązującej przepisów, na podstawie których owo wywłaszczenie nastąpiło, nie znajduje w tej literaturze oparcia i nie wydaje się przez TK dostatecznie uzasadnione. Teza o jednorazowym działaniu była bowiem formułowana w piśmiennictwie jako wyraz odrzucenia funkcji prewencyjnej regulacji wywłaszczeniowych, mającej na celu przeciwdziałanie odradzaniu się dużych gospodarstw⁴⁸. Sprowadzała się do stwierdzenia, że dekret o reformie rolnej stanowił operację o ograniczonych ramach czasowych, tzn. nie regulował na trwałe maksymalnego obszaru nieruchomości rolnych z takim skutkiem, że ich przekroczenie w późniejszym czasie pociągałoby za sobą przejęcie ich na własność państwa na podstawie tegoż dekretu również w przyszłości. Czym innym jest natomiast teza – błędna jak się wydaje – że ze względu na tak rozumianą jednorazowość nie ma możliwości obecnie wydawania na jego podstawie decyzji i w związku z tym nastąpiła utrata mocy obowiązującej przepisów mimo braku ich wyraźnej, formalnej derogacji.

Fakt, że dekret miałby dokonać *ex lege* przejścia nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa nie wyklucza wydawania na podstawie przepisów dekretu rozstrzygnięć o charakterze deklaratoryjnym. Przyznawał to też TK w swoich wcześniejszych orzeczeniach, dopuszczając możliwość *ex post*, w sposób deklaratoryjny ustalania, czy określone nieruchomości

43 Uchwała z dnia 17 lutego 2011 r., III CZP 121/10.

44 Por. argumentację przytoczoną w uzasadnieniu postanowienia SO w Poznaniu z 28 listopada 2010 r., w przedmiocie pytania prawnego do SN, II Ca 409/10.

45 Wyłączono m.in. spod konfiskat dotyczących obywateli III Rzeszy osoby narodowości polskiej, rozszerzono zaś konfiskaty na osoby skazane za dezercję lub uchylanie się od służby wojskowej: zob. dekret z dnia 17 stycznia 1945 r. w sprawie zmiany dekretu Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 6 września 1944 r. o przeprowadzeniu reformy rolnej, Dz.U. z 1945 r. Nr 3, poz. 9.

46 W § 4 rozporządzenia wykonawczego do dekretu o przeprowadzeniu reformy rolnej z 1 marca 1945 r. Wprawdzie według kryteriów współczesnych nie byłby to argument doniosły, jako że zgodnie z dyrektywą systemową wykładni w procesie ustalania znaczeń pojęć użytych w aktach normatywnych należy uwzględniać hierarchię i definicja legalna z aktu niższego rzędu nie przesądza o treści pojęcia użytego w akcie wyższego rzędu. Jednakże mając na względzie ówczesną praktykę interpretacyjną, współcześnie należałoby przyznać, że była ona wiążąca dla interpretacji dekretu. Inna spawa, że przepis ten nie był przestrzegany w procesie stosowania dekretu.

47 Por. np. przytaczany w uzasadnieniu postanowienia z dnia 28 listopada 2001 r., SK 5/01, OTK 8/2001, poz. 266, R. Budziński, *Przymusowe przejmowanie nieruchomości rolnych*, Warszawa–Poznań 1985, s. 123–126 i cytowana tam literatura.

48 Tak np. J. Szachulowicz, *Głos do wyroku NSA z dnia 2 września 1994 r., II SA 2486/92 i II SA 500/94*, OSP 1995 r., z. 10, poz. 219.

przeszły na rzecz Skarbu Państwa⁴⁹. Nakaz stosowania przepisu obowiązującego w czasie nastąpienia faktu prawnego jest wręcz typowym desygnatem prawniczego pojęcia obowiązującego prawa wyrażającego metanormę nakazującą stosowanie i przestrzeganie takiego właśnie, obowiązującego prawa. Jest to normalnym zastosowaniem reguły *tempus regit actum*. I nie zawsze wiąże się z zastosowaniem prawa obowiązującego w chwili wydawania decyzji. Wobec tego czas, w którym istnieje obowiązek stosowania przepisów, nie pokrywa się z czasem ich obowiązowania czy też przynależności do systemu prawnego, bądź z czasem istnienia obowiązku ich przestrzegania⁵⁰.

Na takim stanowisku stanął NSA w orzeczeniu z 10 stycznia 2011 r., właściwie podkreślając różnicę między jednorazowym „skonsumowaniem” się przepisu, a utratą przez ten przepis mocy obowiązującej. To, że przepis znajduje zastosowanie tylko do sytuacji istniejących w chwili jego wydania, nie kształtuje zaś sytuacji następujących w okresie po jego wydaniu, oznacza, że zakres działania przepisu jest ograniczony w czasie. Nie powoduje to zdaniem NSA utraty mocy obowiązującej. Przepis taki pozostaje bowiem w systemie prawa jako podstawa prawna utrzymania wywołanych przez niego skutków prawnych. Taki „skonsumowany” przepis jest ponadto stosowany w sytuacjach orzekania o sytuacjach z przeszłości – co ma miejsce co do zasady na podstawie norm prawnych obowiązujących w chwili zajścia zdarzenia prawnego. Dotyczy to w szczególności sporów co do podlegania określonej nieruchomości pod działanie dekretu.

Należy natomiast zgodzić się ze stwierdzeniem TK, że na podstawie tych przepisów nie może już dojść do przejścia gruntów na rzecz Skarbu Państwa. Powodem tego jest jednak nie niemożność wydawania decyzji w oparciu o przepisy dekretu, ale nowe

zasady ustrojowe, wykluczające wywłaszczenia bez odszkodowania jako sposób kształtowania ustroju gospodarczego i utrzymywania władzy. Innymi słowy, przepisom tym należy przypisać charakter *sui generis* semiimperatywny, mogą być podstawą wyłączenia spod działania dekretu wbrew dotychczasowej praktyce, nie mogą natomiast być podstawą do wywłaszczeń, które w ramach działalności państwa bezprawia powinny być dokonane w oparciu o ich wykładnię przyjętą również obecnie, co jednak z jakichś powodów w okresie przed 1989 rokiem nie miało miejsca.

Utrata mocy obowiązującej przepisów dekretu nie mogła też nastąpić przez odwyknienie. Wprawdzie przy ustalaniu *desuetudo* splatają się kryteria z zakresu tetycznego, aksjologicznego i faktycznego uzasadnienia obowiązującego prawa, które są szczególnie relewantne w okresie zmiany systemu prawnego po 1989 roku. Omawiana regulacja nie mogła jednak utracić mocy obowiązującej przez odwyknienie z prostego powodu – była mianowicie stosowana przez sądy i organy administracji. Z całą pewnością nie jest to sytuacja zapomnienia o ustanowionej, ale nieuchylonej wyraźnie normie, od dawna nie uwzględniana przez organy państwa w procesie wydawania rozstrzygnięć, ze względu bądź na lekceważenie jej „istnienia” w systemie prawnym, bądź ze względu na fakt, że nie występują przewidziane przez tę normę okoliczności⁵¹.

Obowiązywanie – obowiązek stosowania – przynależność do systemu

Wydaje się, że satysfakcjonujące uporządkowanie poglądu na ten temat streścił Tomasz Pietrzykowski, przyjmując za okres obowiązującego prawa czas od wejścia w życie do momentu derogacji⁵². Natomiast po zakończeniu okresu obowiązującego możliwe jest jeszcze stosowanie przepisów – w sytuacjach, gdy podejmowane są decyzje na podstawie prawa obowiązującego w chwili, gdy miały miejsce oceniane fakty prawne – zgodnie z zasadą *tempus regit actum*.

49 Postanowienie z dnia 28 listopada 2001 r., SK 5/01, OTK 8/2001, poz. 266.

50 T. Pietrzykowski, *Wsteczne działanie prawa i jego zakaz*, Kraków 2004, s. 44, 45. Por. również krytykę sędziego Lecha Garlickiego w zdaniu odrębnym do postanowienia TK z dnia 28 listopada 2001 r., SK 5/01 – w zakresie argumentacji dotyczącej przyjętego przez TK poglądu o utracie mocy obowiązującej na skutek jednokrotnego zastosowania.

51 Por. Z. Ziemiński, *Desuetudo*, „Państwo i Prawo” 1994, z. 1, s. 5.

52 T. Pietrzykowski, *Wsteczne działanie prawa...*, szczególnie s. 39 i n.

Błędem byłoby natomiast utożsamienie obowiązku z prawem z okresem, w którym przepis jest stosowany – tak jak uczynił to TK. Przyjęcie takiego poglądu skłaniałoby do uznania, że derogacja nie powoduje utraty mocy obowiązującej przepisu; co więcej, nie jest w ogóle możliwe w typowych sytuacjach ustalenie utraty mocy obowiązującej przepisu⁵³.

Zakres czasowy obowiązywania prawa obejmuje, innymi słowy, koniunkcję dwóch zakresów: przynależności do systemu (od ogłoszenia do derogacji) i obowiązku jego stosowania (od wejścia w życie)⁵⁵; stąd obowiązywanie to okres od wejścia w życie do derogacji. Podsumowując rozważania i rozstrzygnięcia TK w odniesieniu do ustalenia mocy obowiązują-

Konieczne jest odróżnianie przynależności danej normy do systemu prawnego, posiadania mocy obowiązującej i posiadania mocy prawnej związanej z obowiązkiem jej stosowania.

W omawianej sprawie definiowanie obowiązku przez odwołanie się do stosowania prawa doprowadziło TK do wniosku, że niemożność wydawania rozstrzygnięć konstytucyjnych (mimo wydawania rozstrzygnięć deklaracyjnych i braku derogacji) prowadzi do utraty mocy obowiązującej.

Konieczne jest odróżnianie przynależności do systemu prawnego (okres od ogłoszenia do derogacji), mocy obowiązującej (od wejścia w życie do derogacji) i mocy prawnej związanej z obowiązkiem stosowania, która rozpoczyna się z chwilą wejścia w życie aktu normatywnego. Natomiast nie można określić momentu końcowego obowiązku stosowania prawa niebędącego już częścią systemu prawnego; decyzje stosowania prawa wydawane są w oparciu o taki przepis – o ile rozstrzygają fakty prawne, które zaszły w czasie, gdy derogacja jeszcze nie nastąpiła. Jest to konsekwencja zasady *lex retro non agit*. Inaczej nowe przepisy musiałyby działać również retroaktywnie. Zasada *lex retro non agit* w tym znaczeniu (zakaz retroaktywnego stosowania prawa) jest równoważna z zasadą *tempus regit actum* – nakazującą stosować do oceny faktów przepisy obowiązujące w czasie zajścia zdarzenia, a nie wydawania decyzji⁵⁴.

jęcej przepisów wyłączeniowych, można uznać, że Trybunał błędnie podciągnął inkryminowane regulacje prawne dekrety pod reguły walidacyjne swojej niespójnej, nieoperatywnej koncepcji obowiązywania prawa.

Derogacja dorozumiana – materialna

Utrata mocy obowiązującej przepisów dekretu mogłaby nastąpić jedynie w drodze derogacji materialnej, która polegałaby na pozbawieniu ich mocy obowiązującej przez akt ustanowienia innego przepisu, jednak bez zastosowania wyrażnej klauzuli derogacyjnej w drodze zastosowania reguł derogacyjnych⁵⁶. W szczególności relewantny mógłby być art. 9 ustawy z 1958 r.⁵⁷, której celem było usankcjonowanie

⁵⁵ *Ibidem*, s. 39 i n.

⁵⁶ Na temat derogacji materialnej: J. Mikołajewicz, *Prawo intertemporalne. Zagadnienia teoretycznoprawne*, Poznań 2000, s. 42 i n.

⁵⁷ Zgodnie z art. 9 ust 1 „nieruchomości rolne i leśne objęte we władanie Państwa” do momentu wejścia w życie tej ustawy przechodziły bez odszkodowania „na własność Państwa, bez względu na ich obszar”, jeżeli znajdowały się „nadal we władaniu Państwa lub zostały przekazane przez Państwo w użytkowanie innym osobom fizycznym lub prawnym”. Do orzekania o przejęciu nieruchomości rolnych i leśnych właściwe były wyłącznie organy administracji państwowej (art. 9 ust. 3), umorzeniu podlegały postępowania sądowe o przywrócenie

⁵³ *Ibidem*, s. 34, 35.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 31.

uchybień mających miejsce w toku przeprowadzania reformy rolnej⁵⁸. Regulacja ta przesądziła o prawie własności nieruchomości nią objętych (rolne i leśne), przejętych z naruszeniem prawa – jeśli znajdowały się we władaniu państwa. Poza jej zakresem pozostały jednak inne niż rolne i leśne nieruchomości – np. zespoły dworskie i pałacowo-parkowe⁵⁹. Ponadto według przeważającego poglądu doktryny, do nabycia na podstawie ustawy z 1958 r. konieczna była decyzja administracyjna⁶⁰ (skutek *ex lege* tej regulacji jest uznawany przez mniejszość). Wobec niepodpadania pod zakres przedmiotowy ustawy z 1958 r. bądź w przypadku braku decyzji wydanej na jej podstawie – nawet przy uznawaniu jej charakteru derogacyjnego w stosunku do przepisów dekretu o reformie rolnej – możliwe byłoby powoływanie się na § 5 rozporządzenia wykonawczego z 1 marca 1945 roku.

Odrzucenie proponowanej przez TK w postanowieniu z 1 marca 2010 r. tezy o dorozumianej derogacji dekretu ustawą z 1958 r. NSA wsparł w orzeczeniu z 10 stycznia 2011 r. argumentem z zasady zaufania obywateli do działania organów państwa, który brzmi szczególnie przekonująco. Domniemanie derogacji byłoby bowiem w sposób rażąco nieuprawnione, ze względu na fakt, że stałoby w sprzeczności z dotychczasową długoletnią praktyką sądów administracyjnych i tym samym sprzeczne z zasadą zaufania obywateli do państwa. Chroni ona bowiem nie tylko zaufanie do litery prawa, ale – jak w przytoczonym przez NSA poglądzie TK z lat 90. – „przede wszystkim do sposobu jego interpretacji przyjmowa-

nej w praktyce stosowania prawa przez organy państwa, zwłaszcza gdy praktyka jest jednolita i trwała w określonym okresie czasu, zaś przepisy na gruncie których owa praktyka została ukształtowana nie pozwalają na przyjęcie jej oczywistej bezzasadności”⁶¹. Nawet jeśli pojawiałyby się wątpliwości co do mocy obowiązującej przepisu (co nie jest rzadką sytuacją w odniesieniu do przepisów okresu PRL, które nie spełniały nie tylko standardów materialnych, ale i formalnych), to nie powinny być one rozstrzygane na niekorzyść jednostek. Negatywnymi konsekwencjami byłoby pozbawienie podstawy prawnej wcześniej wydawanych na tej podstawie decyzji korzystnych dla jednostek, mogłoby powodować konieczność inicjowania przez nie czasochłonnego i kosztownego postępowania cywilnego⁶².

Konieczność ingerencji ustawodawcy pozytywnego

W orzeczeniu z 1 marca 2010 r. TK przypisał sobie w sposób nieuprawniony rolę negatywnego ustawodawcy. NSA w orzeczeniu z 11 stycznia 2011 r. naprawił większość błędów Trybunału. Inna sprawa, że w tej sferze szczególnie oczekiwana byłaby interwencja ustawodawcy pozytywnego. Próby jego zastępowania przez decyzje jednostkowe – wydawane na podstawie prawa minionego reżimu – nie prowadzą do sprawiedliwości w całym wymiarze społecznym.

Brak kompleksowej i systemowej regulacji kwestii reprivatyzacyjnych prowadzi do paradoksów. Przykładem takiego paradoksu było stanowisko środowisk osób poszkodowanych w wyniku reformy rolnej. W ostatniej wymianie argumentów między TK i NSA byli właściciele zmuszeni byli bronić tezy, iż przepisy dekretu o reformie rolnej wciąż obowiązują, gdyż w przeciwnym wypadku odpadłaby podstawa do kwestionowania przejęcia własności na drodze administracyjnej i musieliby wytaczać bardziej kosztowne, a przy tym długotrwałe procesy cywilne. Pójście drogą TK stawiałoby też pod znakiem zapytania skutki prawne wynikające z orzeczeń administracyjnych zapadających w ciągu ostatnich 20 lat.

posiadania lub wydanie nieruchomości (art. 9 ust. 4), por. pierwotne brzmienie ustawy z dnia 12 marca 1958 r. o sprzedaży państwowych nieruchomości rolnych oraz uporządkowaniu niektórych spraw związanych z przeprowadzeniem reformy rolnej i osadnictwa rolnego (Dz.U. z 1958 r. Nr 17, poz. 71).

58 Tak np. J. Szachulowicz, *Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 września 1994 r., II SA 2486/92 i II SA 500/94*, OSP 1995 r., z. 10, poz. 219.

59 M. Głasek, A. Małecka, P. Sadowski, *Status prawny nieruchomości bezprawnie przejętych przy przeprowadzaniu reformy rolnej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2005, nr 6, s. 9.

60 Tak *ibidem*. Skutek *ex lege* tej regulacji jest uznawany przez mniejszość, B. Wierzbowski, *Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 września 1994 r., II SA 2486/92 i II SA 500/94*, OSP 1995 r., z. 6, poz. 126.

61 Uchwała NSA z 11 stycznia 2011 r., I OSK 176/10, pkt 4.5-3 uzasadnienia.

62 *Ibidem*, pkt 4.2.6 uzasadnienia.

Nieuchwalenie ustawy reprivatyzacyjnej prowadzi zatem do instrumentalizacji prawa, nadaje mu fragmentaryczny i okazjonalny, czy wręcz oportunistyczny charakter, podważa możliwość pełnienia funkcji sprawiedliwego rozdziału dóbr i ciężarów. Ze względu na kompleksowość materii, jej złożoność, wieloletnie zaszłości potęgujące się z każdym rokiem funkcjonowania demokratyczno-liberalnego państwa

ją⁶⁵ – i to w oparciu o prawo, a nie względy polityki czy ekonomii⁶⁶. Transformacyjny charakter prawa tego okresu jest wspierany przy tym przez zasadę zaufania obywateli do działania organów państwa, zgodnie z którą ze względu na przemiany, uprawnionym oczekiwaniem byłoby dokonanie regulacji rozliczeniowych. Zaufanie w okresie przemian nie oznacza uprawnienia do niezmienności systemu

Nieuchwalenie ustawy reprivatyzacyjnej prowadzi do instrumentalizacji prawa, nadaje mu fragmentaryczny i okazjonalny, czy wręcz oportunistyczny charakter.

i rynkowej gospodarki, a także w związku z niemożnością zaspokojenia wszystkich roszczeń wydaje się, że zastosowanie powinny znaleźć nie tyle kryteria sprawiedliwości wymiennej, ile dystrybtywnej. Z masy do podziału konieczne jest, drogą decyzji prawodawcy, proporcjonalne miarkowanie świadczeń dla poszczególnych grup poszkodowanych, wyróżnionych według rodzaju naruszonych dóbr⁶³.

Na rzecz wszechstronnych rozliczeń minionego bezprawia przemawia argument z legitymizacji nowego państwa: uzasadnienie państwa prawa po okresie bezprawia opiera się w dużej mierze na okoliczności, że gwarantuje ono przestrzeganie podstawowych praw i wolności człowieka i obywatela, najważniejszych zasad nowego porządku prawnego⁶⁴, realizuje dobro wspólne. Oznacza to z całą pewnością obowiązek działania w tym duchu na przyszłość, będąc równocześnie uzasadnieniem dla obowiązku rozliczenia z bezprawiem, którego skutki nadal trwa-

prawnego. Przejście do porządku dziennego nad trwaniem stanu niesprawiedliwości byłoby dla państwa prawa nie do przyjęcia – nie tylko ze względu na wymogi sprawiedliwości, ale ponieważ przeciwne zachowanie byłoby również złym sygnałem na przyszłość – dla następnych tyranów i wszystkich, którzy nawet swoją pasywną postawą wspierają ich trwanie.

Zakończenie

Nie jest właściwą drogą realizowania sprawiedliwości ograniczenie się jedynie do częściowego w swym zakresie wymiaru prawnokarnego, a więc ekscesów w państwie bezprawia, zapominając jak głęboko PRL degenerował życie społeczne, i w konsekwencji zapominając o dekomunizacji, uregulowaniu spraw majątkowych. Podobnie pozostawienie sądom rozstrzygania sporów w materii, która powinna być uregulowana przez prawodawcę, jest ucieczką od odpowiedzialności. Jeden z niemieckich autorów trafnie stwierdził, że uznanie takich częściowych, wręcz „symbolicznych” rozliczeń za warunek uwolnienia się od winy w wymiarze całego społeczeństwa nie jest realizowaniem sprawiedliwości jako oddania każdemu co mu

63 Tak w szczególności: J. Lege, *Der Konkurs eines Unrechtsstaates*, „Der Staat” 1999, nr 1, s. 4; por. też BVerfGE 84, 90 (130 i n.); por. również: I. Pogany, *Righting wrongs in Eastern Europe...*, s. 201 i n.; R. Dolzer, *Die Verantwortlichkeit...*, Nb. 42.

64 K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1995, Nb. 187.

65 Por. R. Dolzer, *Die Verantwortlichkeit...*, Nb. 38.

66 I. Markovits, *Selective Memory...*, s. 514 i n.

się należy, ale ma w sobie raczej coś z archaicznej, przedarystotelesowskiej magii⁶⁷. Bez odniesienia do sprawiedliwości, uzgodnienia w drodze racjonalnego, rzeczywistego dyskursu warunków, podstaw i uzasadnień wzajemnego wybaczenia i zapomnienia – wszelkie działania ukierunkowane na rozliczenie przeszłości będą wyrazem swego rodzaju prymitywnego poszukiwania ekspiacji, bądź pozostaną na poziomie politycznych możliwości, PR i prakseologii.

Suwerenem jest ten – jak pisał Carl Schmitt – kto podejmuje decyzję o stanie wyjątkowym. Przewyższenie nadal odczuwalnych skutków działania państwa bezprawia jest właśnie taką wyjątkową

materią do uregulowania – aby przywrócić normalność. Rozwiązanie otwartych kwestii majątkowych bez uciekania się do wtórnej legitymizacji, tchórzliwego chowania się za przesłankami proceduralnymi jest zadaniem suwerena. W tego typu przypadkach konieczne jest często zwrócenie się ku podstawowym zasadom porządku prawnego. Odnoszą się one do samej idei prawa, sposobu definiowania dobra wspólnego. Takich stojących przed państwem wyzwań nie można rozwiązać za pomocą zwykłych, rutynowych instrumentów prawnych ani tym bardziej narzędzi politycznego PR. Nie sposób także uznać, że najlepszym rozwiązaniem będzie zmuszanie sądów do orzekania na podstawie przepisów państwa bezprawia, oczekując, że znajdą one samodzielnie rozwiązanie tego problemu.

67 H. Quaritsch, *Theorie der Vergangenheitsbewältigung*, „Der Staat” 1992, nr 4, s. 524.

O pojęciu globalnego prawa administracyjnego



Piotr Szwedo

Adiunkt w Zakładzie Prawa Międzynarodowego Publicznego UJ. W 2007 roku obronił pracę doktorską Środki odwetowe w prawie Światowej Organizacji Handlu. Ukończył Szkołę Prawa Francuskiego (Université d'Orléans i UJ) oraz Szkołę Prawa Amerykańskiego (Catholic University of America i UJ). Był stypendystą, prowadził badania naukowe lub wykładał na uniwersytetach we Francji, Niemczech, Stanach Zjednoczonych, Chinach, Japonii i w Kanadzie. Głównym obszarem jego zainteresowań naukowych jest międzynarodowe prawo gospodarcze oraz prawne aspekty global governance.

The Developing Concept of a Global Administrative Law

The article presents an analysis of a global administrative law since the announcement of its "emergence" by professors Kingsbury, Krisch and Stewart. It acknowledges the role of this concept as a doctrinal platform between ius inter gentes and domestic legal orders in times of globalization and global governance. The article is composed of three parts reflecting elements of the term "global administrative law". The first part is mostly based on the juxtaposition of the "global law" and the "international law". The second part analyses the concept of (not necessarily positivist sense of) "law" in the global administrative law. The third part mostly focuses on standards of administrative law which become recognized on the supranational level.

Wstęp

Niniejsze opracowanie stanowi próbę przedstawienia podstawowych wątków ogólnoświatowej dyskusji nad zjawiskiem globalnego prawa administracyjnego, która stała się szczególnie ożywiona od czasu ukazania się tekstu profesorów Kingsbury'ego, Krischa i Stewarta *Powstanie globalnego prawa administracyjnego*¹. Należy mieć świadomość, że dyskusja ta stała się dalece

wielowątkowa i dotyczy licznych zagadnień na styku instytucjonalnego prawa organizacji międzynarodowych i prawa krajowego, wkraczając także w zagadnienia prawa materialnego².

Opracowanie podzielone zostało na trzy części, odpowiadające poszczególnym członom terminu „globalne prawo administracyjne”. Część pierwsza zatytułowana „Globalne” opisuje mo-

stanowi wkładkę do niniejszego numeru „Forum Prawniczego”.

2 Por. B. Kingsbury, L. Casini, *Global Administrative Dimensions of International Organizations Law*, „International Organizations Law Review” 2009, vol. 6, s. 319 i n.

1 B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, „Law and Contemporary Problems” 2005, vol. 68, s. 15 i n. Polskie tłumaczenie autorstwa Piotra Szwedo, Michała Pyki i Marianny Warteckiej

del badań nad globalnym prawem administracyjnym (pkt 1.a), podkreślając także jedną z jego cech: znikanie granic między krajowym i ponadpaństwowym porządkiem prawnym. Ta cecha, polegająca na bezpośrednim wpływie regulacji pozapaństwowych na sytuację prawną i faktyczną jednostki, jest istotnym wyróżnikiem globalnego prawa administracyjnego w stosunku do klasycznie rozumianego *ius gentium*. Ominięcie konieczności dodatkowej recepcji danej normy w porządku krajowym powoduje, że system prawny, z którego regulacje się wywodzą, jest inny niż prawo narodów, oparte na suwerennej równości państw. W modelu klasycznym zasadniczo to państwa tworzą regulacje, których są również receptormi. Wskazana różnica doprowadziła do dystynkcji terminologicznej i zastąpienia na gruncie nowo wyodrębnionego porządku prawnego terminu „międzynarodowy” pojęciem „globalny” (pkt 1.b). Zwrócono także uwagę na powiązanie terminu z fenomenem *global governance* (pkt 1.c), a także funkcjonalnie rozumianego władztwa publicznego (pkt 1.d).

Na gruncie globalnego prawa administracyjnego pojęcie „prawo” jest rozumiane często w duchu realizmu, a nie pozytywizmu prawniczego (pkt 2.a). Obejmuje także normy, które formalnie nie wiążą jego podmiotów, ale *de facto* kierują ich postępowaniem. Źródła globalnego prawa administracyjnego obejmują także instrumenty o charakterze *soft law*, co – pomimo ich „miękkiego” charakteru – nie pozbawia ich skuteczności. Odwołując się do kontynentalnej tradycji prawa administracyjnego, usiłowano wprowadzić bardziej elastyczną kategorię „standardu”, którą można objąć instrumenty zarówno o charakterze wiążącym, jak i niewiążącym (pkt 2.b). Można je rozmaicie kategoryzować, w zależności od tego, kto jest ich twórcą (2.b.i), adresatem (2.b.ii), jaka jest ich treść (2.b.iii) i metody egzekucji (2.b.iv).

Jedną z cech prawa narodów jest jego niski stopień zorganizowania, przejawiający się m.in. w braku obowiązkowego sądownictwa. Ponieważ ponadnarodowe porządki prawne coraz częściej mają wpływ na status prawny jednostki, tej ostatniej przypisuje się prawo do kwestionowania przed niezależnymi organami adresowanymi do niej decyzji (pkt 3.c). Jest to cecha charakterystyczna dla krajowego prawa administracyjnego, wzmacniająca ideę praworząd-

ności i odróżniająca ją od klasycznie rozumianego *ius gentium*, gdzie ze względu na równość podmiotów taki wymóg nie jest powszechny. Podobnie inne kryteria, jak transparentność proceduralna, możliwości współuczestniczenia w procedurze stosowania i tworzenia regulacji relewantnych dla danego podmiotu, obowiązek uzasadnienia decyzji; a także spełnienie pewnych warunków materialnoprawnych, jak proporcjonalność, stanowią o „administracyjnym” charakterze nowo powstającego porządku (pkt. 3.a, 3.b, 3.c). Wskazane wymogi, choć nie jedyne, są najczęściej poddawane dyskusji. Można przytoczyć także inne postulaty, np. związania organów globalnej administracji wymogami praw człowieka, co rodzi pytanie o możliwość i potrzebę „wyciągnięcia przed nawias” pewnych wartości, które powinny być chronione immanentnie w porządku ponadnarodowym³. Jest to związane z toczącą się równolegle dyskusją dotyczącą konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego, co jest zagadnieniem powiązaniem, ale jednak odrębnym od opisanego w niniejszym opracowaniu.

1. Globalne

a. Indukcyjny model badań nad prawem globalnym – case study

Badania nad wyłaniającym się globalnym porządkiem prawnym oparte są w większości na wnioskowaniach indukcyjnych, tj. na analizie przypadków oddziaływania na siebie podmiotów i organów, bez względu na ich krajową lub ponadpaństwową proveniencję, i wyciągania na tej podstawie bliżej lub dalej idących uogólnień i teorii⁴. Podkreślenie zacierania

³ *Ibidem*, s. 340, 341.

⁴ Indukcyjny model badawczy został przyjęty w badaniach w Instytucie Maxa Plancka Porównawczego Prawa Publicznego i Prawa Międzynarodowego, których wyniki opublikowali A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. von Bernstorff, Ph. Dann, M. Goldmann (eds.) *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, Heidelberg 2010. Autorzy wskazują jednak na użyteczność obu rodzaju wnioskowań: dedukcyjnego i indukcyjnego, które wykorzystywane były w pokrewnych analizach na temat konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego, por. A. von Bogdandy, R. Wolfrum, Ph. Dann, M. Goldmann, *Developing the Publicness of Public International Law*

się dychotomii⁵ pomiędzy krajowymi i ponadpaństwowymi systemami regulacyjnymi jest cechą charakterystyczną globalnego prawa administracyjnego. Decyzje wielu podmiotów ponadpaństwowych omi-

go służyć wykonaniu decyzji Rady Bezpieczeństwa ONZ¹⁰, stanowiącego realizację spoczywających na Wspólnocie zobowiązań międzynarodowych. Wskazane orzeczenie było przedmiotem aprobaty

Podkreślenie zacierania się dychotomii pomiędzy krajowymi i ponadpaństwowymi systemami regulacyjnymi jest cechą charakterystyczną globalnego prawa administracyjnego.

jają poziom krajowy i oddziałują bezpośrednio na sytuację prawną jednostki. Jak wskazał Sabino Cassese w jednym z najważniejszych tekstów dotyczących omawianej dziedziny, taki stan rzeczy jest skutkiem podważenia paradygmatu jedności państwa⁶.

Jako przykład zacierania się owej dychotomii można wskazać na często komentowaną⁷ przez badaczy globalnego prawa administracyjnego sprawę *Kadi*⁸, w której Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (obecnie Unii Europejskiej – TSUE; potocznie: Europejski Trybunał Sprawiedliwości – ETS), uznał się za właściwy do weryfikacji zgodności z prawami podstawowymi, w tym gwarantowanymi przez europejską Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁹, rozporządzenia mające-

ze względu na odwagę Trybunału Sprawiedliwości w konsekwentnym promowaniu standardów ochrony praw człowieka, ale także i przedmiotem krytyki z powodu podważenia jedności prawa międzynarodowego¹¹. Środki wdrażające decyzję Rady Bezpieczeństwa ONZ, mającą bezpośredni wpływ na położenie prawne jednostek, zostały bowiem uchylone ze względu na niespełnienie lokalnych (europejskich) standardów prawnych. Wspomniana sprawa stała się także przyczynkiem do dyskusji na temat potrzeby

(w:) *ibidem*, s. 21. Wskazana publikacja ukazała się także na łamach „German Law Journal” 2008, vol. 9, nr 11, s. 1375 i n.

5 Wspomnianą dychotomię oddaje chociażby w tytule klasycznego dzieła H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Lipsk 1899.

6 S. Cassese, *Administrative Law Without the State. The Challenge for Global Regulation*, „International Law and Politics”, 2005, vol. 37, s. 683.

7 Można wskazać na liczne komentarze i uwagi na blogu poświęconym globalnemu prawu administracyjnemu, <http://globaladminlaw.blogspot.com/search/label/Kadi> (dostęp 26 kwietnia 2011).

8 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 3 września 2008 r. w sprawach połączonych C-402/05 P i C-415/05 P. Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation przeciwko Radzie Unii Europejskiej.

9 Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 oraz Dz.U. z 1998 r. Nr 147, poz. 962.

10 Rozporządzenie Rady (WE) nr 881/2002 z dnia 27 maja 2002 r. wprowadzające niektóre szczególne środki ograniczające skierowane przeciwko niektórym osobom i podmiotom związanym z Osamą bin Ladenem, siecią Al-Kaida i talibami i uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 467/2001 zakazujące wywozu niektórych towarów i usług do Afganistanu, wzmocniające zakaz lotów i rozszerzające zamrożenie funduszy i innych środków finansowych w odniesieniu do talibów w Afganistanie, Dz.Urz. UE z 29.5.2002, L 139, s. 9.

11 A. Posch, *The Kadi Case: Rethinking the Relationship Between EU Law and International Law?*, „The Columbia Journal of European Law Online” 2009, nr 15, s. 2 i n., http://www.cjel.net/online/15_2-posch/ (dostęp 28 czerwca 2011); Gráinne de Búrca, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, „Jean Monnet Working Paper” 2009, nr 1, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/090101.pdf> (dostęp 28 czerwca 2011); A. Frąckowiak-Adamska, *Komentarz do orzeczenia Kadi przeciwko Radzie i Komisji*, <http://www.prawaczlowieka.edu.pl/index.php?dzial=komentarze&komentarz=oec09ef9836da03f1add21e3ef607627e687e790-co> (dostęp 17 czerwca 2011).

przestrzegania przez organ globalnej administracji, jakim jest Rada Bezpieczeństwa ONZ (por. pkt 1.d), zasad prawa administracyjnego, do których zalicza się prawo do weryfikacji decyzji administracyjnej przed niezawisłym sądem (por. pkt 2.b.iv, 3.c).

Innym przykładem są decyzje Komisji ds. Ochrony Tuńczyka Południowego (*Commission for the Conservation of Southern Bluefin Tuna*). W 1994 r. Komisja wyznaczyła limity połowu tuńczyka, stosując przepisy traktatu, na podstawie którego została utworzona, a także Konwencję o prawie morza oraz decyzje innych organów, jak Organizacja ds. Wyżywienia i Rolnictwa¹². Jej decyzje miały istotny wpływ na sytuację prawną i faktyczną przedsiębiorstw rybackich działających na Pacyfiku.

Podobna cecha występuje także w obszarze światowych regulacji zarządzania sportem, określanych mianem *lex sportiva*. Współzawodnictwo w ramach rozmaitych dyscyplin sportowych regulowane jest przez federacje będące stowarzyszeniami zarejestrowanymi zgodnie z prawem szwajcarskim. Podejmują one decyzje, których adresatami są formalnie członkowie federacji, tzn. krajowe związki sportowe oraz członkowie tych związków, np. kluby sportowe lub zawodnicy. Krajowym związkom sportowym przysługuje daleko idąca autonomia w relacji do organów państwowych, ale wykonując zadania o charakterze publicznym, np. w dziedzinie propagowania sportu, pozostają pod nadzorem organów publicznych. Jednocześnie federacje podejmują decyzje, które dotyczą nie tylko ich członków, ale także innych podmiotów, np. decydując o miejscu rozgrywania mistrzostw w danej dyscyplinie. Jednocześnie nie wszystkie podmioty, np. państwa, mają dostęp do procedur weryfikacji podjęcia decyzji w określonych dziedzinach.

Wymienia się także inne przypadki wpływu decyzji organów globalnej administracji na położenie prawne podmiotów niebędących ich członkami lub niemających bezpośredniego wpływu na treść decyzji, jak blokada sprzedaży prywatnej nieruchomości w Berlinie

na skutek decyzji Komitetu Rady Bezpieczeństwa ds. sankcji nakładanych na Al-Kaidę i talibów¹³ (sprawa podobna do wskazanej wyżej sprawy *Kadi, Barakaat*), wpływ umieszczenia doliny rzeki Łaby na Liście Światowego Dziedzictwa Organizacji Narodów Zjednoczonych do Spraw Oświaty, Nauki i Kultury (UNESCO) na budowę mostu w Dreźnie¹⁴ lub zmiana polityki edukacyjnej w wielu krajach na skutek raportów w ramach Programu Międzynarodowej Oceny Umiejętności Uczniów (*Programme for International Student Assessment, PISA*) realizowanego przez Organizację Współpracy Gospodarczej (OECD, por. pkt 2.a)¹⁵.

Wskazana różnorodność przypadków, a także wciąż dalece nieusystematyzowany charakter globalnego prawa administracyjnego implikują zasadność kazuistycznego namysłu, który miałby prowadzić do bardziej lub mniej spójnej syntezy. Jednocześnie dedukcja nie jest metodą całkowicie pozbawioną użyteczności. Zasadna jest refleksja nad możliwością przenoszenia i rekonstrukcji pewnych zasad prawa publicznego, które funkcjonują już w ramach prawa krajowego lub prawa Unii Europejskiej, na grunt globalnego prawa administracyjnego. Należy jednak czynić to z należytych uwzględnieniem różnic w relacjach zachodzących w prawie krajowym czy prawie Unii Europejskiej funkcjonującym w ramach tworu o charakterze proto-federalnym¹⁶.

12 Por. *Resolution on amendment of the Resolution on „Illegal, Unregulated and Unreported Fishing (IUU) and Establishment of a CCSBT Record of Vessels over 24 meters Authorized to Fish for Southern Bluefin Tuna” adopted at the CCSBT 15 in 2008 (adopted at the Fifteenth Annual Meeting – 14–17 October 2008)*, pkt 11.

13 *Security Council Committee established pursuant to resolution 1267 (1999) concerning Al-Qaida and the Taliban and Associated Individuals and Entities*, zwany często – z powodu numeru rezolucji, na podstawie której został powołany – Komitetem 1267, por. przyp. 10. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 11 października 2007 w sprawie C-117/06 *Möllandorf i Möllandorf-Niehuus*.

14 Orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, 2 BvR 695/07 z dnia 29 maja 2007 r., www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070529_2bvro69507.html (dostęp 2 czerwca 2011); orzeczenie z 9 marca 2007 Saksońskiego Wyższego Sądu Administracyjnego nr BS 216/06, cytowane (w:) A. von Bogdandy, R. Wolfrum, Ph. Dann, M. Goldmann, *Developing the Publicness of Public International Law...*, s. 7.

15 A. von Bogdandy, M. Goldmann, *The Exercise of Public Authority through National Policy Assessment*, „International Organizations Law Review” 2008, vol. 5, s. 282.

16 A. von Bogdandy, *General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field* (w:) A. von Bogdandy,

b. Prawo globalne a prawo międzynarodowe

W serii wykładów poświęconych globalnemu prawu administracyjnemu S. Cassese wykazał, że wyrazem zmiany charakteru relacji między podmiotami stosunków międzynarodowych jest ewolucja terminologii¹⁷. W analizie terminu „globalny” przywołał szereg innych pojęć, które jednocześnie lub alternatywnie stosowane były wobec pojęcia „międzynarodowy”. Między innymi na podstawie rzeczzonego wykładu można przytoczyć kilka konkurujących lub uzupełniających określeń wobec terminu „prawo międzynarodowe”:

1. „administracyjne prawo międzynarodowe” (*administrative international law*) jako zespół reguł odnoszących się do relacji między administracją krajową a obywatelami pozostającymi za granicą (np. za pośrednictwem urzędów konsularnych) lub cudzoziemcami przebywającymi na terenie danego państwa;

2. „międzynarodowe prawo administracyjne” (*international administrative law*) jako prawo odnoszące się do międzynarodowej administracji lub organizacji, np. dotyczące sporów pracowniczych w ramach organizacji międzynarodowych¹⁸ lub rozumiane szerzej, jako całość międzynarodowych i krajowych źródeł dotyczących działalności administracyjnej w przestrzeni międzynarodowej¹⁹;

3. relacje transnarodowe jako odnoszące się do oddziaływań podmiotów pozapaństwowych, takich jak korporacje wielonarodowe, organizacje pozarządowe²⁰;

4. transnarodowe sieci regulacyjne (*transgovernmental networks*) jako powiązania między różnymi regulatorami krajowymi, tzw. administracja oparta na koordynacji (pkt 1.d);

5. globalne zarządzanie lub zarządzanie postpaństwowe, jako deskrypcja oddziaływania rozmaitych instytucji publicznych i prywatnych o charakterze nie tylko międzynarodowym, ale także transnarodowym (patrz wyżej) poprzez instrumenty prawne i quasi-prawne (pkt 2.a) na szeroko rozumianą społeczność międzynarodową; kojarzone jest często z ograniczeniem władztwa państw na rzecz organizacji międzynarodowych oraz szerzej – z próbą sterowania procesem tzw. globalizacji²¹;

6. globalna przestrzeń administracyjna – różna, chociaż zawierająca elementy obydwu, od przestrzeni stosunków międzypaństwowych, którą rządzi prawo międzynarodowe i od wewnętrznej przestrzeni regulacji, którą rządzi wewnętrzne prawo administracyjne²²;

7. globalne prawo administracyjne – zawiera zasady i procedury, które są pomocne w zapewnieniu odpowiedzialności globalnej administracji i koncentruje się w szczególności na strukturach administracyjnych, przejrzystości, możliwości uczestnictwa w procedurze administracyjnej, regułach uzasadniania decyzji oraz mechanizmach odwoławczych²³.

Przytoczone terminy są oczywiście pojęciami doktrynalnymi, często mającymi charakter próby deskrypcji i uporządkowania dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości w relacjach pozapaństwowych, niejednokrotnie o charakterze postulatycznym. Odejście od pojęcia „międzynarodowy” na rzecz „global-

R. Wolfrum, Ph. Dann, M. Goldmann (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions...*, s. 739. Odmienne: H. Ruiz Fabri, *Nécessité d'une approche européenne? Ni oui, ni non, ni blanc, ni noir* oraz Franz Mayer, *European Law as a Door Opener for Public International Law?* (w:) Société Française pour le Droit International, *Droit international et diversité des cultures juridiques*, Paris 2008, s. 223 i n.

17 S. Cassese, *Regulation, Adjudication and Dispute Resolution Beyond the State*, http://www.mpil.de/shared/data/pdf/regulation_adjudication_and_dispute_resolution.pdf (dostęp 30 czerwca 2011), s. 31 i n.

18 *Ibidem*, s. 31, 32, powołując się na U. Borsi, *Carattere ed oggetto del diritto amministrativo internazionale*, „Rivista di diritto internazionale” 1912, s. 368 i n.

19 L. von Stein *Einige Bemerkungen über das international Verwaltungsrecht*, „Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich” 1882, t. 6, s. 385, cytowane (w:) B. Kingsbury, *The Concept of Law in Global Administrative Law*, „European Journal of International Law” 2009, vol. 20, s. 24.

20 S. Cassese, *Regulation, Adjudication and Dispute Resolution Beyond the State...*, s. 32.

21 Por. uwaga zawarta w przyp. 5 polskiego tłumaczenia tekstu B. Kingsbury’ego, N. Krischa, R.B. Stewarta, *The Emergence of Global Administrative Law...*

22 B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law...*, s. 26.

23 *Ibidem*, s. 28.

ny” podkreśla wielopoziomowy charakter mechanizmów decyzyjnych i stanowi próbę przezwyciężenia podziałów na „międzynarodowy” i „krajowy”²⁴.

c. *Prawo globalne a global governance*

Pojęcie globalnego prawa administracyjnego budowane jest często w opozycji do klasycznie rozumianego prawa międzynarodowego publicznego, opartego głównie na traktatach tworzonych przez państwa, których to państwa są jednocześnie adresatami²⁵. Przymiotnik „globalny” należy wiązać z po-

Pierwszą z nich jest uwypuklenie znaczenia instytucji międzynarodowych, zwłaszcza tych o prywatnym lub mieszanym charakterze, a także ich wpływu na podmioty prywatne (jednostki). Drugą cechą jest często jego nieformalny charakter, umykający ściśle prawnym, zwłaszcza pozytywistycznym kategoryzacjiom (pkt 2.a). W przypadku globalnego prawa administracyjnego więcej uwagi poświęca się zagadnieniom proceduralnym, ze szczególnym uwzględnieniem przejrzystości i zasadności podejmowanych decyzji, niż zagadnieniom prawa mate-

Globalne prawo administracyjne zawiera zasady i procedury, które są pomocne w zapewnieniu odpowiedzialności globalnej administracji, i koncentruje się w szczególności na strukturach administracyjnych, przejrzystości, możliwości uczestnictwa w procedurze administracyjnej, regułach uzasadniania decyzji oraz mechanizmach odwoławczych.

jęciem *global governance* – tj. „globalne zarządzanie”. Od połowy lat 90. XX w. termin ten używany jest często dla opisu prowadzenia polityki na świecie²⁶. Badacze zajmujący się prawnymi aspektami tego zjawiska wymieniają kilka cech *global governance*²⁷.

rialnego (pkt. 3.a–3.d). Odwołując się do terminu „globalny”, autorzy podkreślają wielopoziomowy charakter przedmiotowego zarządzania i starają się obejść dychotomiczny podział na poziom „krajowy” i „międzynarodowy”.

Globalne prawo administracyjne może zostać określone mianem porządku prawnego regulującego proces *global governance*, co rozumiane jest bardziej jako zarządzanie niż rządzenie i nie jest już wyłącznym atrybutem podmiotów o charakterze publicznym. Stąd w anglojęzycznej literaturze politologicznej przeciwstawia się pojęcia *government* i *governance*²⁸. Zarządzanie w dużej mierze

24 Por. A. von Bogdandy, R. Wolfrum, Ph. Dann, M. Goldmann, *Developing the Publicness of Public International Law...*, s. 7.

25 B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law...*, s. 29.

26 M. Hewson, T.J. Sinclair, *The Emergence of Global Governance Theory* (w:) M. Hewson, T.J. Sinclair (eds.), *Approaches to Global Governance Theory*, New York 1999.

27 Wyliczenie cech za A. von Bogdandy, R. Wolfrum, Ph. Dann, M. Goldmann, *Developing the Publicness of Public International Law...*, s. 7.

28 Por. M. Hewson, T.J. Sinclair, *The Emergence of Global Governance Theory...*, s. 6.

można postrzegać jako „administrowanie”²⁹. Wyrażono pogląd, że pojęcie *global governance*, jako zapożyczone z innych nauk społecznych, zaciera fundamentalne dla prawa publicznego zagadnienie władztwa publicznego (pkt 1.d)³⁰. A. von Bogdandy, Ph. Dann i M. Goldmann nie negują całkowicie użyteczności odwołania się do globalnego zarządzania i podkreślają jego wagę przy analizie oddziaływania formalnie niewiążących instrumentów determinujących status prawny i faktyczny jednostki (pkt 2.b.iii). Jednak poszukując uzasadnienia i granic kompetencji upoważniających określone podmioty do ingerencji w sferę wolności jednostki, należy ich zdaniem korzystać z instrumentów prawa publicznego³¹.

d. Prawo globalne a prawo publiczne

Odwołanie się do instrumentów prawa publicznego nie jest determinowane kryteriami wyłącznie podmiotowymi, ale także funkcjonalnymi. Przedmiotem analizy są także organy globalnej administracji o charakterze prywatnym lub mieszanym, które nie dysponują delegowaną *expressis verbis* władzą publiczną. Von Bogdandy, Dann i Goldmann stwierdzili jednak, że często są to podmioty wykonujące zadania w interesie publicznym. Dzieje się tak wtedy, gdy dane działania mogą być postrzegane jako odpowiedniki działań na podstawie prawa publicznego, nastawione na realizację dobra publicznego lub które dotyczą konfliktu zasadniczych interesów grup społecznych³². Stąd zarządzanie nazwami domen internetowych, które odbywa się za pośrednictwem Internetowej Korporacji ds. Nadawania Nazw i Numerów (ang. *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, dalej: ICANN), będącej podmiotem prywatnym prawa kalifornijskiego, będzie podlegało analogicznym wymogom globalnego prawa administracyjnego, jak ma to miejsce w przypadku podmiotów dysponujących formalną

delegacją władztwa³³. Podobnie postrzegać można działalność federacji sportowych zmierzających do propagowania sportu, ustalania zasad współzawodnictwa i organizacji mistrzostw, jak też kompiłowanie i tworzenie standardów produkcji towarów, świadczenie usług przez Międzynarodową Organizację Normalizacyjną (ang. *International Organization for Standardization*, dalej: ISO).

Globalne prawo administracyjne stosowane jest przez podmioty określone w doktrynie mianem „globalna administracja”. Została ona skategoryzowana przez Kingsbury’ego, Krischa i Stewarta na pięć różnych typów. W ramach typologii podmioty prywatne i publiczne oraz podmioty prawa międzynarodowego i krajowego pozostają między sobą w rozmaitych konfiguracjach, działając jednak w sferze pozapaństwowej („postpaństwowej”³⁴), co nadaje im charakter globalny. Jednocześnie kategoryzacja wyznacza zakres globalnego prawa administracyjnego i zakres odpowiedzialności – *de lege lata* lub *de lege ferenda* jego organów. To właśnie potrzeba legitymacji i odpowiedzialności znajduje się w centrum zainteresowania prawników zajmujących się globalnym prawem administracyjnym i jest wyznacznikiem jego „administracyjnego” charakteru (patrz pkt 3). Kingsbury, Krisch i Stewart zaproponowali wyróżnienie pięciu typów administracji³⁵:

1. Administracja poprzez międzyrządowe organizacje międzynarodowe i ich organy – ustanowione na podstawie traktatów – ich decyzje są wiążące dla adresatów, którymi z reguły są państwa, ale *de facto* mogą nimi być podmioty prywatne (jak w sprawie *Kadi*); organy tego typu mogą także wystosowywać zalecenia i ostrzeżenia, jak w przypadku Światowej Organizacji Zdrowia (dalej: WHO), Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców (dalej: UNHCR, por. pkt 2.b.ii).

2. Administracja oparta na koordynacji i porozumieniach pomiędzy krajowymi organami regulujący-

29 Por. B. Kingsbury, *The Concept of Law in Global Administrative Law...*, s. 25.

30 A. von Bogdandy, R. Wolfrum, Ph. Dann, i M. Goldmann, *Developing the Publicness of Public International Law...*, s. 9.

31 *Ibidem*, s. 11.

32 *Ibidem*, s. 14.

33 *Ibidem*, s. 14.

34 W znaczeniu, jakie nadaje im N. Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford 2010, s. 3 i n.

35 B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law...*, s. 20–23.

mi – może mieć charakter nieformalny i niewymagający wcześniejszego porozumienia w formie traktatu. W tej kategorii wymienia się Bazylejski Komitet Nadzoru Bankowego, w ramach którego szefowie banków centralnych koordynują swoje działania i polityki, np. w odniesieniu do wymogów kapitałowych wobec banków komercyjnych, co przekłada się na dostępność kredytów na rynku. Tutaj także należy zaliczyć nieformalne porozumienia i działania o wzajemnym uznawaniu i dostosowywaniu standardów krajowych.

3. Administracja rozproszona, sprawowana przez organy krajowe, które podejmują decyzje mające skutki eksterytorialne. Postuluje się, by decyzje takie spełniały pewne kryteria transparentności i rzetelnego procesu, wraz z prawem dostępu do procedury podmiotów, których dotyczą³⁶ (pkt 3.a). Do tej kategorii można także zaliczyć decyzje dotyczące krajowych organów standaryzacyjnych, które mają wpływ na podmioty eksportujące towary i usługi do danego kraju. Podmioty takie działają nie tylko w oparciu o dobrowolne porozumienia lub poprzez inkorporację międzynarodowych lub regionalnych standardów, ale także poprzez przyjmowanie własnych regulacji, do których zobowiązane są dostosować się podmioty eksportujące³⁷.

4. Administracja hybrydowa wypływająca z mieszanych, międzyrządowo-prywatnych porozumień – jako przykład podaje się standardy przyjmowane przez Komisję Kodeksu Żywnościowego (*Codex Alimentarius*). Komisja została powołana przez Organizację Narodów Zjednoczonych ds. Wyżywienia i Rolnictwa (FAO) i WHO. W jej skład wchodzi państwa, ale głos zabierają mogą także organizacje

pozarządowe, których wpływ na ostateczny kształt standardów ocenia się jako stale rosnący³⁸. Znaczenie standardów Komisji zmieniło się z dobrowolnych do prawnie wiążących, ze względu na ich inkorporację do systemu prawa Światowej Organizacji Handlu (WTO) na mocy porozumienia o środkach sanitarnych i fitosanitarnych³⁹ oraz porozumienia o barierach technicznych w handlu⁴⁰. Jako podobny przykład podaje się ICANN.

5. Administracja przez prywatne instytucje wyposażone w funkcje regulacyjne, np. poprzez ISO, Stowarzyszenie na rzecz Światowej Międzybankowej Telekomunikacji Finansowej (ang. *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication* – SWIFT) oraz Stowarzyszenie na rzecz Uczciwego Zatrudnienia (ang. *The Fair Labor Association* – FLA). W ramach prawa krajowego podmioty tego typu nie mają charakteru administracyjnego, chyba że wykonują zadania publiczne na podstawie wyraźnej delegacji, niemniej zdaniem Kingsbury'ego, Krischa i Stewarta działalność normotwórcza podmiotów prywatnych, ze względu na brak publicznych globalnych instytucji regulacyjnych w tych dziedzinach, powinna być brana pod uwagę w analizie globalnego prawa administracyjnego⁴¹. Podobnie niepubliczny charakter mają federacje sportowe oraz ich organy, jednak można wykazać, że oddziałują one szeroko na sytuację prawną innych podmiotów i dlatego powinno się zapewnić przestrzeganie przez nie standardów proceduralnych i materialnych globalnego prawa administracyjnego.

36 B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law...*, s. 21, powołując się na decyzję Organu Apelacyjnego WTO, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, dok. nr 98–3899 z 12 października 1998.

37 Na ten temat por. V. Velikov, *Incorporation of High Level Regional and International Technical Standards into National Standardization Systems – A Model for Global Administrative Law?*, Center for Legal Dynamics of Advanced Market Societies Discussion Paper 07/5E, April 2007, Kobe University, <http://www.cdams.kobe-u.ac.jp/archive/dpo7-5.pdf> (dostęp 28 czerwca 2011).

38 Na ten temat por. M.A. Livemore, *Authority and Legitimacy in Global Governance: Deliberation, Institutional Differentiation, and Codex Alimentarius*, <http://www.iilj.org/GAL/documents/LivemoreCODEX.pdf> (dostęp 5 maja 2011).

39 Porozumienie w sprawie stosowania środków sanitarnych i fitosanitarnych, opublikowane jako załącznik, [w:] Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 4 grudnia 1995 r. w sprawie publikacji załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), Dz.U. z 1996 r. Nr 9, poz. 54.

40 Porozumienie w sprawie barier technicznych w handlu, *ibidem*.

41 Por. B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law...*, s. 23.

2. Prawo

a. Źródła prawa i koncepcja prawa

Ponieważ zakres podmiotowy globalnego prawa administracyjnego jest szerszy niż prawa międzynarodowego publicznego (obejmuje nie tylko państwa i międzyrządowe organizacje międzynarodowe⁴²), inny jest także model tworzenia tego prawa. Uwzględnia on również praktykę podmiotów poza państwowymi, podobnie jak dzieje się to w ramach *lex mercatoria* – prawa handlowego wywodzącego się z działań podmiotów handlowych na świecie. Warto przy tym zwrócić uwagę, że rozwój tej ostatniej gałęzi prawa również budził pytania o charakter norm wchodzących w jej skład⁴³.

Benedict Kingsbury zasugerował odejście od pojmowania prawa na gruncie globalnego prawa administracyjnego w kategoriach *stricte* pozytywistycznych. Zaproponował jednocześnie odwołanie się do rozumienia prawa jako „faktów społecznych”⁴⁴, skłaniając się przez to w stronę nurtu realizmu prawniczego. Zgodnie z tym kierunkiem myślenia prawem bardziej jest to, co orzekną sędziowie w danym przypadku⁴⁵ oraz to co realnie wpływa na postępowanie ludzi⁴⁶, niż sama treść abstrakcyjnie określonych praw i obowiązków.

Odejściu od wyłącznie pozytywistycznie pojmowanego prawa towarzyszy także zmiana sposobu postrzegania źródeł prawa. A. von Bogdandy i M. Goldmann, analizując przykład działalności Programu PISA realizowanego przez OECD, zaproponowali

konceptualizację instrumentów oddziaływania w ramach *global governance*, poprzez odwołanie się do pojęcia *Handlungsform*, czyli form działania władzy publicznej/administracji, nawiązując tym samym do niemieckiej myśli administracyjnej reprezentowanej przez Otto von Mayera⁴⁷. W rozważaniach opartych o niemiecką doktrynę wskazali, że nie każdy akt administracyjny (*Verwaltungsakt*) musiał przybierać formę prawną (*Rechtsform*)⁴⁸, w znaczeniu bezpośredniego źródła praw i obowiązków. Wskazali przy tym na pewną paralelę z aktami prawa pochodnego wymienionymi w art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dawny art. 249 TWE)⁴⁹, wśród których znajdują się także formalnie niewiążące zalecenia i opinie.

b. Katalog źródeł i koncepcja „standardu”

Tradycyjny katalog źródeł prawa międzynarodowego publicznego, wyrażony w art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, nie wystarczy dla uwzględnienia całej gamy aktów normatywnych, także w formie komunikatów, ostrzeżeń, raportów i dokumentów o charakterze niedeontycznym. W przeciwieństwie do wcześniejszych postulatów doktryny⁵⁰, Bogdandy i Goldmann zaproponowali nie tyle rozszerzenie tradycyjnego katalogu, ile raczej uznanie równoległej kategorii „standardów” (*standard instruments*), jako źródeł norm globalnego prawa administracyjnego, z zastrzeżeniem, że nie zawsze muszą to być normy

42 Zakres podmiotowy społeczności międzynarodowej jest jednak różnie definiowany, zob. np. K. Karski, *Osoba prawna prawa wewnętrznego jako podmiot prawa międzynarodowego*, Warszawa 2009.

43 K. Highet, *The Enigma of the Lex Mercatoria*, „Tulane Law Review” 1988, nr 63, s. 624.

44 B. Kingsbury, *The Concept of Law in Global Administrative Law...*, s. 23, 27–31.

45 „The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”, O.W. Holmes Jr., *The Path of the Law*, „Harvard Law Review” 1897, nr 10, s. 461.

46 Por. D.M. Trubek, *Where Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism*, „Stanford Law Review” 1984, nr 36, s. 583 i cytowany tam m.in. K. Casebeer, *Escape from Liberalism: Fact and Value in Karl Llewellyn*, „Duke Law Journal” 1977, nr 1977, s. 671.

47 O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, t. 1, Lipsk 1895, s. 95, cytowany [w:] A. von Bogdandy, M. Goldmann, *The Exercise of Public Authority through National Policy Assessment...*, s. 282.

48 E. Schmidt-Aßmann, *Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 1989, nr 104, s. 541; W. Pauly, *Grundlagen einer Handlungsformenlehre* (w:) K. Becker-Schwarze i inni (eds.), *Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht*, Sztutgart 1991, s. 32–34, cytowany (w:) A. von Bogdandy, M. Goldmann, *The Exercise of Public Authority through National Policy Assessment...*, s. 282.

49 A. von Bogdandy, M. Goldmann, *The Exercise of Public Authority through National Policy Assessment...*, s. 282. Por. w tym kontekście analizę terminologiczną (w:) Jürgen Bast, *Grundbegriffe der Handlungsformen der EU*, Berlin 2006, zwłaszcza s. 7 i n.

50 E. Riedel, *Standards and Sources. Farewell to the exclusivity of the Sources Triad in International Law?*, „European Journal of International Law” 1992, nr 2, s. 58–84.

o charakterze formalnie wiążącym⁵¹. Mają one jednak pozostawać w harmonii z ogólnym prawem międzynarodowym, podobnie jak jest to w przypadku norm wynikających z zamkniętych porządków prawnych (ang. *self-contained regimes*), które nie pozostają w całkowitej izolacji w odniesieniu do reszty systemu prawa międzynarodowego i jemu podlegają⁵².

Ponieważ kryterium mocy formalnie wiążącej nie jest konstytutywne dla uznania określonej normy

i. Autorzy standardów

Jedno z podstawowych zagadnień globalnego prawa administracyjnego dotyczy wpływu składu organów regulacyjnych i problemu ich demokratycznej legitymacji do działalności normotwórczej. Stąd istotny jest charakter podmiotu, który jest autorem danego standardu – państwo, międzyrządowa organizacja międzynarodowa lub podmiot prywatny – oraz skład organu, który przyjął określoną regulację.

Ponieważ kryterium mocy formalnie wiążącej nie jest konstytutywne dla uznania określonej normy jako standardu w ramach globalnego prawa administracyjnego, istnieje potrzeba rekonstrukcji metanormy pozwalającej na identyfikację rzeczonych standardów.

jako standardu w ramach globalnego prawa administracyjnego, istnieje potrzeba rekonstrukcji metanormy pozwalającej na identyfikację rzeczonych standardów. Owa rekonstrukcja może być oparta na parametrach o charakterze zarówno empirycznym, jak i normatywnym. Wśród nich można wymienić parametry dotyczące pochodzenia standardu, tzn. kto i w jaki sposób przyjął dany akt normotwórczy (pkt i), do kogo jest on adresowany, tzn. czy jego adresatami formalnymi lub faktycznymi są także jednostki, przez co realizuje się forma władztwa nad nimi (pkt ii), jego treści, tzn. czy mają charakter powinnościowy, czy deskryptywny (pkt iii), i parametry dotyczące metod jego wdrażania lub egzekucji (pkt iv)⁵³.

Abstrahując od wiążącego charakteru norm, autorytet podmiotu normotwórczego może mieć daleko idący wpływ na przestrzeganie danej regulacji. Jej legitymizację determinują także parametry procedury, w ramach której dany akt jest przyjęty. Szczegółne znaczenie ma jej transparentność i dostęp do niej zainteresowanych podmiotów. Istotne są także: charakter ogłoszenia danego aktu oraz dostępność do jego treści. Z tego między innymi powodu dokonano rekonstrukcji procedur przyjmowania standardów w ramach ISO, tak by były bardziej otwarte na podmioty z państw rozwijających się⁵⁴, a także wdrożono procedurę *notice-and-comment* w ramach prac Komitetu Bazylejskiego⁵⁵.

51 A. von Bogdandy, M. Goldmann, *The Exercise of Public Authority through National Policy Assessment...*, s. 282.

52 M. Goldmann, *Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority* (w:) A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. von Bernstorff, Ph. Dann, M. Goldmann (eds.), *The Exercise of Public Authority...*, s. 681.

53 Por. *ibidem*, s. 682, 684.

54 Por. *ISO Action Plan for Developing Countries 2005–2010*, http://www.iso.org/iso/actionplan_2005.pdf (dostęp 20 maja 2011).

55 Por. M.S. Barr, G.P. Miller, *Global Administrative Law: The View from Basel*, „European Journal of International Law” 2006, nr 17/1, s. 15 i n.

ii. Adresaci standardów

W klasycznym prawie międzynarodowym standardy tworzone są przez państwa dla nich samych. Chociaż nie jest to cechą wszystkich standardów globalnego prawa administracyjnego, część z nich adresowana jest bezpośrednio do jednostek. Taki skutek wywołuje międzynarodowa rejestracja znaku towarowego w ramach tzw. systemu madryckiego, administrowanego przez Światową Organizację Własności Intelektualnej (WIPO)⁵⁶. Podobnie jest w przypadku przyznawania statusu uchodźcy przez UNHCR, gdy państwa członkowskie ONZ nie mogą lub nie chcą uczynić tego same⁵⁷. Rekomendacje krajowych punktów kontaktowych (KPK), powołanych w celu zapewnienia przestrzegania Wytycznych OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych, skierowane są do rzeczonych korporacji. Nie mają one charakteru formalnie wiążącego, ale mogą uzyskać wysoką skuteczność dzięki możliwej sankcji utraty przez przedsiębiorstwo dobrego imienia i szacunku opinii publicznej⁵⁸.

Często adresatami standardów są państwa, ale oddziaływują one pośrednio także na położenie prawne innych podmiotów. Tak jest w przypadku zaleceń Wysokiego Komisarza OBWE ds. Mniejszości Narodowych, które z reguły opierają się na materialnych normach prawa międzynarodowego⁵⁹, ale nie wiążą

formalnie państw, do których są skierowane. Mimo iż należą do *soft law*, wykazują daleko idącą skuteczność, często przewyższającą instrumenty o charakterze wiążącym⁶⁰.

Formalnymi adresatami Komitetu 1267 ds. Sankcji nakładanych na talibów i Al-Kaidę (por pkt 1) są również państwa. Rezolucja 1333 Rady Bezpieczeństwa, jako jedna z kilku regulujących zasady działania Komitetu, nałożyła na nie w art. 8 lit. c obowiązek zamrożenia wszelkich funduszy i aktywów finansowych Osamy bin Ladena i podmiotów z nim powiązanych⁶¹. Umieszczenie danego podmiotu na liście Komitetu nie powoduje jeszcze automatycznego zamrożenia aktywów, ale rodzi zobowiązanie po stronie państw do podjęcia takich działań. Organy wewnętrzne nie mają jednak dyskrekcji we wprowadzeniu decyzji do porządku krajowego, art. 25 Karty Narodów Zjednoczonych⁶² nakłada na nie bezwzględny obowiązek wykonania decyzji Rady, co zgodnie z rezolucjami odnosi się także do decyzji Komitetu, który jest jej organem pomocniczym i którego skład odpowiada składowi Rady Bezpieczeństwa⁶³. Ze względu na brak bezpośredniej możliwości weryfikacji decyzji Komitetu przed sądem, pojawił się problem możliwości zakwestionowania przed sądami Unii Europejskiej regulacji implementujących decyzje Rady Bezpieczeństwa do porządku europejskiego.

56 Por. K. Kaiser, *WIPO's International Registration of Trademarks:*

An International Administrative Act Subject to Examination by the Designated Contracting Parties (w:) A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. von Bernstorff, Ph. Dann, M. Goldmann (eds.), *The Exercise of Public Authority...*, s. 133 i n.

57 Por. M. Smrkolj, *International Institutions and Individualized Decision Making: An Example of UNHCR's Refugee Status Determination* (w:) A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. von Bernstorff, Ph. Dann, M. Goldmann (eds.), *The Exercise of Public Authority...*, s. 165 i n.

58 Por. G. Schuler, *Effective Governance through Decentralized Soft Implementation: The OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (w:) A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. von Bernstorff, Ph. Dann, M. Goldmann (eds.), *The Exercise of Public Authority...*, s. 197 i n.

59 Czasami pozbawione są jednak odniesienia do wyraźnych norm prawa międzynarodowego, co było przedmiotem krytyki w literaturze, por. A. Farahat, *Regulating Minority Issues through Standard-Setting and Mediation: The Case of the High*

Commissioner on National Minorities (w:) A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. von Bernstorff, Ph. Dann, M. Goldmann (eds.), *The Exercise of Public Authority...*, s. 352 i powołany tam A. Bloed, *Comments on the new set of Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies*, „Helsinki Monitor” 2006, nr 17, s. 187.

60 A. Farahat, *Regulating Minority Issues through Standard-Setting and Mediation...*, s. 364 oraz powołana tam w przyp. 71 i 72 bogata literatura.

61 Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 1333 przyjęta w dniu 19 grudnia 2000 r., art. 8 litera c; Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 1617 przyjęta w dniu 29 lipca 2005 r., pkt 2. Zgodnie z rezolucjami 1988 i 1989 z 17 czerwca 2011 r. rozdzielono systemy nakładania sankcji: osobno na talibów i osobno na Al-Kaidę.

62 Karta Narodów Zjednoczonych, Dz.U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90.

63 Por. *Guidelines of the Committee for the Conduct of its Work*, pkt 1 litera b), http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/1267_guidelines.pdf (dostęp 26 maja 2011).

Podobnie w przypadku decyzji Komitetu Światowego Dziedzictwa UNESCO o wpisaniu danego obiektu na Listę Światowego Dziedzictwa Kulturowego i Przyrodniczego Ludzkości, formalnymi adresatami decyzji są państwa lub podmioty publiczne. Jednak wpis na listę, który następuje na wniosek państwa, nakłada nań długofalowy obowiązek ochrony obiektu wynikający z art. 4 i 5 Konwencji⁶⁴. Niedopełnienie tego obowiązku może spowodować przeniesienie obiektu na Listę Dziedzictwa Zagrożonego lub skreślenie go z Listy Światowego Dziedzictwa. Wraz z presją upublicznienia informacji o niewystarczającym poziomie ochrony obiektów stanowi to środek nacisku na państwa, które niejednokrotnie były nakłaniane do podjęcia zobowiązań dotyczących zagospodarowania obszaru wokół chronionego miejsca. Przykładem takiej sytuacji była zmiana planu zabudowy wokół Katedry w Kolonii⁶⁵. Bardziej kontrowersyjnym przypadkiem była decyzja o budowie mostu na Łbie w Dreźnie, której plan został zatwierdzony w drodze lokalnego referendum. UNESCO zagroziło wykreśleniem doliny rzeki Łby z Listy Światowego Dziedzictwa w przypadku realizacji planu. W sprawie wypowiedział się Federalny Niemiecki Trybunał Konstytucyjny, który stwierdził, że demokratycznym decyzjom lokalnej społeczności należy się pełne poszanowanie⁶⁶. Mają one pierwszeństwo przed rozstrzygnięciami organizacji międzynarodowych o charakterze eksperckim, nawet jeżeli mogłoby to prowadzić do utraty nadawanego przez nie statusu. Wcześniej podobny spór toczył się w związku z uruchomieniem kopalni uranu w otulinie Parku Narodowego Kakadu w Australii, co jednak ostatecznie nie zakończyło się usunięciem tego miejsca z Listy Światowego Dziedzictwa⁶⁷. Obie sprawy skłaniają przedstawicieli doktryny do wskazania na brak procedury

odwoławczej w ramach UNESCO, ściśle eksperckiego charakteru podejmowanych decyzji, bez uwzględnienia konsultacji z podmiotami, których może ona dotyczyć, jako na przejaw deficytu demokracji w tym organie międzynarodowym⁶⁸.

Podobnie adresatami decyzji Oddziału ds. Wdrożeń (*Enforcement Branch of the Compliance Committee*⁶⁹), na podstawie Protokołu z Kioto, oraz możliwości korzystania z Systemu Handlu Emisjami są państwa. Nie inaczej jest w przypadku zatwierdzania udzielania pożyczek przez Radę Wykonawczą Banku Światowego. Decyzje te, pomimo że są skierowane do państw, mają istotne znaczenie dla sytuacji prawnej i faktycznej jednostek. W obu tych przypadkach organy podejmujące decyzje nie są organami o charakterze plenarnym, lecz raczej eksperckimi, bez możliwości kwestionowania decyzji na drodze sądowej.

iii. Treść standardów

Nie wszystkie instrumenty globalnego prawa administracyjnego zawierają zbiór powinności. Niektóre z nich stanowią raczej deskrypcję rzeczywistości. Tak jest w przypadku raportów PISA. Są to instrumenty o charakterze niedeontycznym, ale mogą mieć daleko idące implikacje normatywne dla państw, które często w oparciu o ich treść budują swoją politykę edukacyjną. Zdaniem Goldmanna i von Bogdandy'ego można je określić jako przykład „zarządzania przez informację”⁷⁰. Ponieważ granica między językiem deskrypcji i powinności nie zawsze jest ostra, kategoryzowanie instrumentów tego typu jako raportów powinno być traktowane z dużą ostrożnością, ze względu na obszerny katalog reakcji podmiotu, do którego instrument się odnosi⁷¹.

64 Dz.U. z 1976 r. Nr 32, poz. 190.

65 D. Zacharias, *The UNESCO Regime for the Protection of World Heritage as Prototype of an Autonomy-Gaining International Institution* (w: A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. von Bernstorff, Ph. Dann, M. Goldmann (eds.), *The Exercise of Public Authority...*, s. 301.

66 Por. przyp. 14.

67 D. Zacharias, *The UNESCO Regime for the Protection of World Heritage...*, s. 335.

68 Por. N. Affolder, *Democratising or Demonising the World Heritage Convention?*, „Victoria University of Wellington Law Review” 2007, nr 38, s. 341.

69 Decyzja Konferencji Państw-Stron 27/CMP.1 ustanawiająca procedury i mechanizmy dotyczące przestrzegania Protokołu z Kioto, <http://unfccc.int/resource/docs/2005/cmp1/eng/o8ao3.pdf#page=92> (dostęp 2 czerwca 2011).

70 A. von Bogdandy, M. Goldmann, *The Exercise of Public Authority through National Policy Assessment...*, s. 241.

71 M. Goldmann, *Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority...*, s. 688.

Podobnie ciekawym przypadkiem są notyfikacje Interpolu. Wydawane są w trybie oznajmującym i nie mają charakteru formalnie wiążącego. Mimo to niektóre państwa uznają tzw. czerwone notyfikacje za wnioski o aresztowanie lub ekstradycję danej osoby⁷². Podmiotem inicjującym wydanie notyfikacji są organy ścigania państwa członkowskiego Interpolu, który jedynie je zatwierdza poprzez Zgromadzenie Ogólne. Rolą Interpolu jest zatem przekazywanie informacji i zarządzanie informacjami, które mogą jednak mieć istotne znaczenie dla sytuacji prawnej jednostki. Stosowne działania są ostatecznie podejmowane na podstawie prawa krajowego według uznania krajowych organów ścigania.

iv. Metody weryfikacji przestrzegania standardów

Prawo międzynarodowe wykształciło cały katalog sankcji stanowiących konsekwencje jego naruszenia. Niektóre z nich, np. stosowane na podstawie art. 41 i 42 Karty Narodów Zjednoczonych, mogą wiązać się z dolegliwościami natury ekonomicznej lub użyciem przymusu. Czasami mogą one być skutkiem spowodowania szkody bez naruszenia prawa, jak ma to miejsce na podstawie art. 26 uzgodnienia w sprawie rozstrzygania sporów w ramach Światowej Organizacji Handlu⁷³. Egzekucja jest bez wątpienia wzmocniona w przypadku możliwości odwołania się do międzynarodowego organu rozstrzygania sporów, władnego przesądzić o zasadności roszczeń i przyznającego prawo do użycia środków egzekucyjnych.

Część instrumentów pozbawiona jest możliwości formalnego odwołania się do mechanizmów rozstrzygania sporów i egzekwujących dyspozycje norm. Wyposażone są jednak w procedury monitorowania i raportowania stanu przestrzegania regulacji, co ma stanowić rodzaj presji wywieranej na adresatów norm. Podobnie jak w przypadku egzekwowania zasad odpowiedzialności, legitymacja i skuteczność

raportów zależeć będą od przejrzystości w procesie zbierania danych i możliwości odniesienia się do nich przez adresatów raportów oraz podmioty, których one dotyczą. Wskazuje się, że raporty wydawane przez Międzynarodową Organizację Pracy przyczyniły się do zwiększenia ilości ratyfikacji umów przyjętych pod jej auspicjami, jednak dyskusyjny jest ich wpływ na przestrzeganie norm w praktyce⁷⁴. W przypadku raportów wydawanych przez Wysokiego Komisarza OBWE ds. Mniejszości Narodowych z reguły cechowały się one wysoką skutecznością (por. pkt 2.b.ii). Dalece efektywne mogą też być sankcje o charakterze nieformalnym, jak podanie do publicznej wiadomości naruszenia Wytycznych OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych (por. pkt 2.b.ii), co również może stanowić rodzaj sankcji w znaczeniu konsekwencji naruszenia dyspozycji norm.

3. Administracyjne

Wskazane wyżej przykłady działań instytucji mają wpływ na sytuację prawną jednostek i opierają się na modelu stosowania prawa, tj. wyciągania konsekwencji indywidualno-konkretnych na podstawie norm o charakterze generalno-abstrakcyjnym. Nie zawsze owe akty stosowania prawa adresowane są wprost do podmiotów, o których prawach i obowiązkach stanowią. Możliwy jest także scenariusz odwrotny, tj. podejmowania decyzji przez organy o charakterze prywatnym (np. federacje sportowe) i wpływania na inne podmioty prywatne (np. sportowców), mieszane (np. krajowe związki sportowe) lub publiczne (np. państwa). Stanowi to przejaw zacierania się granic między prawem publicznym i prywatnym w ramach globalnego prawa administracyjnego. Owe akty stosowania prawa nie zawsze są prawnie wiążące dla ich adresatów, a czasami nie są nawet do nich wprost skierowane, co składa się na cechę nieformalnego charakteru działań w ramach tegoż prawa (por. pkt 2). Kingsbury, Krisch i Stewart podkreślili, że globalne prawo administracyjne opie-

72 B. Schöndorf-Haubold, *The Administration of Information in International Administrative Law – The Example of Interpol* (w:) A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. von Bernstorff, Ph. Dann, M. Goldmann (eds.), *The Exercise of Public Authority...*, s. 252.

73 Uzgodnienie w sprawie zasad i procedur regulujących rozstrzyganie sporów, Dz.U. z 1998 r. Nr 34, poz. 195.

74 E. de Wet, *Governance through Promotion and Persuasion: The 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* (w:) A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. von Bernstorff, Ph. Dann, M. Goldmann (eds.), *The Exercise of Public Authority...*, s. 398.

ra się na pewnej koncepcji działania administracyjnego (*administrative action*). Można z jednej strony je odróżnić od tworzenia prawa w drodze traktatów, a z drugiej od procedury rozstrzygania sporów. Zawiera w sobie mechanizmy tworzenia reguł i standardów przez organy, często mające charakter pomocniczy. Wskazane akty normatywne nie zawsze mają charakter ściśle prawnie wiążący (por. pkt 2)⁷⁵.

Działania administracji publicznej powinny podlegać ograniczeniom ze względu na zasadę praworządności, zakładającą, że instytucje ingerujące w sferę wolności jednostek działają na podstawie prawa i w jego granicach, czyli posiadają ku temu odpowiednią legitymację. Przestrzeganie praworządności i zasady legitymowanego działania jest z reguły zabezpieczone unormowaniami prawa pro-

podmioty będące adresatami norm są często także ich autorami. Jest to podstawowa cecha prawa narodów. Ponadto decyzje co do tych norm podejmowane są bardzo często przez organy mające charakter niezależny i ekspercki oraz są wynikiem wcześniejszych uzgodnień podmiotów wchodzących w ich skład⁷⁶. Administracja państwowa ma bardziej zhierarchizowany i uporządkowany charakter, a także nie występuje w niej problem członkostwa, typowy dla stosunków międzynarodowych. Jednocześnie organy globalnej administracji pozostają niejednokrotnie poza ścisłą kontrolą państw członkowskich albo podmiotów, których dotyczą wydawane przez nie decyzje. Ten problem zaistniał bardzo wyraźnie we wskazanych wyżej sprawach: *Kadi*, a także pośrednio *Möllandorf* (por. pkt 1, 2.b.ii).

„Odpowiedzialność” określana jest mianem *accountability*, co można tłumaczyć jako „rozliczalność”. Wynika z tego, że chodzi nie o odpowiedzialność ściśle prawną, w znaczeniu np. odszkodowawczym (*responsibility, liability*), ale o możliwość „rozliczenia” organu za podjęte decyzje lub tworzone regulacje.

ceduralnego, a także materialnego, dającymi możliwością weryfikacji rozstrzygnięć organów publicznych przez niezawisłe sądy, jak również pociągnięcia do odpowiedzialności decydentów w przypadku nadużycia swoich uprawnień.

Administracyjny charakter działań w ramach globalnego prawa administracyjnego posiada jednak pewne cechy odróżniające je od podobnego funkcjonowania na poziomie prawa krajowego. Jedną z nich jest cecha samoregulacji, spowodowana faktem, że

Próby bardziej precyzyjnego określenia wymogów legitymacji oraz konceptualizacja zasady praworządności doprowadziły do wskazania kilku podstawowych wytycznych, na których powinna opierać się działalność organów globalnej administracji. Praworządność wiąże się z zasadą odpowiedzialności organów za podejmowane decyzje. Warto zwrócić uwagę, że owa „odpowiedzialność” określana jest mianem *accountability*, co można tłumaczyć jako „rozliczalność”. Wynika z tego, że chodzi nie o odpowiedzialność ściśle prawną, w znaczeniu np. odszkodowawczym (*respon-*

⁷⁵ Por. B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law...*, s. 17.

⁷⁶ Por. *ibidem*.

sibility, liability), ale o możliwość „rozliczenia” organu za podjęte decyzje lub tworzone regulacje. To właśnie poszukiwanie owych reguł odpowiedzialności i praworządności pozwoliło dookreślić je jako obejmujące mechanizmy zawierające w sobie wymogi przejrzystości, partycypacji, racjonalnego podejmowania decyzji oraz legalności, a także wskazać na konieczność ustanowienia efektywnej procedury przeglądu prawa stanowionego oraz działań podejmowanych przez organy globalnej administracji⁷⁷. Warto zwrócić uwagę, że tak sformułowane kryteria korespondują z wymogami zawartymi w Europejskim Kodeksie Dobrej Administracji (dalej: EKDA)⁷⁸, który stanowić ma próbę uszczegółowienia prawa do dobrej administracji, zawartego w art. 41 Karty Praw Podstawowych⁷⁹. Nieprzypadkowy wydaje się także zbieg dyskusji nad globalnym prawem administracyjnym z dyskusją nad uprawnieniem wynikającym z art. 41 Karty. W EKDA zawarto wymogi, które stawia się również przed organami globalnej administracji, takie jak prawo do bycia wysłuchanym w procedurze administracyjnej (art. 16), obowiązek uzasadnienia decyzji (art. 18) lub ochrona uzasadnionych oczekiwań (art. 10).

a. Transparencja i dostęp do procedury

Jedną z najbardziej podstawowych reguł rzetelnego procesu jest zasada *audiatur et altera pars*, rozumiana jako imperatyw wysłuchania racji stron, których prawa mają być przedmiotem rozstrzygnięcia. Zawarta została także w zasadach ogólnych polskiego kodeksu postępowania administracyjnego (dalej: k.p.a.), który stanowi w art. 10 § 1, że „[o]rgany administracji publicznej obowiązane są zapewnić stronom czynny udział w każdym stadium postępowania, a przed wydaniem decyzji umożliwić im wypowiedzenie się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań”⁸⁰, a także przywołanym wcześniej art. 16 ust. 2

EKDA, gdzie stwierdzono, że „[w] przypadkach, w których może zostać wydana decyzja dotycząca praw lub interesów jednostki, ma ona prawo przed podjęciem decyzji przedstawić swoje uwagi na piśmie i w razie potrzeby przedstawić ustnie swoje spostrzeżenia”.

Prawo do bycia stroną w procedurze i do bycia wysłuchanym zostało transponowane do zasad działania wielu organów zaliczanych do globalnej administracji. W przypadku rekomendacji Grupy Specjalnej ds. Przeciwdziałania Praniu Pieniędzy (*Financial Action Task Force – FATF*) prawo takie zostało zagwarantowane także w odniesieniu do państw lub terytoriów, które nie są członkami Grupy⁸¹. Podobny standard został wyznaczony w postępowaniu na podstawie Światowego Kodeksu Antydopingowego (art. 8), którego celem jest wyjaśnienie ewentualnego korzystania przez sportowców z niedozwolonych środków⁸². Problem dostępu do procedury i prawa do bycia wysłuchanym był podstawowym źródłem kontrowersji dotyczących postępowania przed Komitetem 1267, co stało się głównym przyczynkiem do orzeczenia w sprawie *Kadi* (por. pkt I.a, I.d).

Dostęp do procedury jest także istotny – i powinien być zagwarantowany – nie tylko w procesie stosowania, ale i tworzenia prawa. Dostrzeżono taką potrzebę w działalności Kodeksu Żywnościowego, gdzie przyjęto zasady uczestnictwa organizacji pozarządowych w pracach nad standardami⁸³. Celem zwiększenia transparentności procesu decyzyjnego, Komitet Bazylejski wprowadził procedurę publicznego komentowania swoich zamierzeń rekomendacyjnych⁸⁴. Dostęp do informacji został także wyraźnie zaakcentowany w prawie ochrony środowiska – w Konwencji z Aarhus,

77 *Ibidem*.

78 Omówienie poszczególnych praw (w:) J. Świątkiewicz, *Europejski Kodeks Dobrej Praktyki*, Warszawa 2007, także na stronie <http://www.rpo.gov.pl/pliki/1192700292.pdf> (dostęp 21 czerwca 2011).

79 Dz.Urz. UE z 14. 12. 2007, C 303/1.

80 Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, Dz.U. z 2000 r. Nr. 98, poz. 1071.

81 *Financial Action Task Force on Money Laundering, Report on Non-Cooperative Countries and Territories*, <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/57/22/33921735.pdf> (dostęp 22 czerwca 2011).

82 Światowy Kodeks Antydopingowy opracowany przez Światową Agencję Antydopingową (*The World Anti-Doping Agency, WADA*), w polskiej wersji na stronie http://www.antydoping.pl/plik/2009/File/2009/01/kodeks_wada_2009.pdf (dostęp 22 czerwca 2011).

83 *Principles concerning the participation of international non-governmental organizations in the work of the codex alimentarius commission*, http://www.codexalimentarius.net/web/ngo_participation.jsp (dostęp 22 czerwca 2011).

84 Por. M.S. Barr, G.P. Miller, *Global Administrative Law: The View from Basel...*

dotyczącej publicznego dostępu do informacji środowiskowej⁸⁵; stroną Konwencji mogą być nie tylko państwa, ale i regionalne organizacje integracji gospodarczej.

b. Uzasadnienie decyzji

Obowiązek uzasadnienia decyzji wynikający z prawa krajowego został rozciągnięty na część organów globalnej administracji. W polskim prawie administracyjnym obowiązek prawnego i faktycznego uzasadnienia decyzji przewiduje art. 107 k.p.a. Podobnie art. 18 EKDA stanowi, że „[w] odniesieniu do każdej wydanej przez instytucję decyzji, która może mieć negatywny wpływ na prawa lub interesy jednostki, należy podać powody, na których opiera się wydana decyzja; w tym celu należy jednoznacznie podać istotne fakty i podstawę prawną podjętej decyzji”.

Komitet 1267 ds. sankcji nakładanych na talibów i Al-Kaidę został zobligowany do publikowania powodów umieszczenia danego podmiotu na liście podmiotów, których aktywa powinny ulec zamrożeniu⁸⁶. Podobnie organizacje antydopingowe działające na podstawie Światowego Kodeksu Antydopingowego powinny wydawać swoje decyzje na piśmie wraz z uzasadnieniem (art. 10.5.3.)⁸⁷.

Obowiązek uzasadniania z reguły nie występuje, jeżeli decyzje podejmowane są w drodze głosowania. W takim przypadku uzasadnieniem zdaje się być sam akt mający znamiona demokratycznego wyboru. Tak jest w przypadku decyzji federacji piłkarskich dotyczących miejsca rozgrywania mistrzostw, które nie podlegają oficjalnemu uzasadnieniu, w przeciwieństwie np. do decyzji o dopuszczeniu kandydata do kolejnych faz procedury⁸⁸.

85 Konwencja o dostępie do informacji, udziale społeczeństwa w podejmowaniu decyzji oraz dostępie do sprawiedliwości w sprawach dotyczących środowiska, 25 czerwca 1998 r., Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 706, zob. art. 19 ust. 1.

86 Por. pkt 6 litery (i), (k), *Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work*, http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/1267_guidelines.pdf (dostęp 24 czerwca 2011), dokument opracowany na podstawie rezolucji Rady Bezpieczeństwa odnoszących się do działalności Komitetu.

87 Zob. przyp. 81.

88 Przykładowa ocena kandydata – Stanów Zjednoczonych, <http://www.fifa.com/mm/document/tournament/competition/01/33/74/55/b8usae.pdf> (dostęp 24 czerwca 2011).

c. Prawo do odwołania

Prawo do odwołania się od treści decyzji jest powszechnym uprawnieniem przysługującym jednostce (por. art. 128 k.p.a.), o treści którego powinna ona zostać poinformowana (por. art. 19 EKDA). Potrzeba takiego uprawnienia została dostrzeżona również w funkcjonowaniu globalnej administracji. Powołano Sportowy Sąd Arbitrażowy, do którego można wnosić skargi przeciwko decyzjom związanym z dopingiem, a także skargi, przez uprawnione podmioty, na decyzje federacji sportowych i krajowych związków sportowych.

Podobną funkcję spełnia Panel Kontroli Banku Światowego (ang. *World Bank Inspection Panel*). Ten trójosobowy organ może rozpocząć procedurę weryfikacji na wniosek podmiotów, które twierdzą, że zostały poszkodowane przez Bank z powodu niewłaściwego sposobu realizacji jego polityki⁸⁹.

Prawo do odwołania do niezależnego i bezstronnego sądu, pomimo że uznane jest jako powszechne i regionalne prawo człowieka⁹⁰, nie zostało jednak zagwarantowane we wszystkich organach globalnej administracji, np. w Komitecie 1267.

d. Zasada proporcjonalności

Zasada proporcjonalności jest wymogiem właściwym nie tylko prawu administracyjnemu, ale także doczekała się licznych analiz w prawie międzynarodowym publicznym⁹¹. Zakwalifikować ją raczej należałoby jako wymóg prawa materialnego precyzującego treść praw i obowiązków, a nie proceduralny wymóg dotyczący sposobu ich określania. Wiąże się

89 International Bank for Reconstruction and Development, International Development Association, Resolution No. IBRD 93-10, Resolution No. IDA 93-6, *The World Bank Inspection Panel*, September 22, 1993, <http://siteresources.worldbank.org/EXT/INSPECTION/PANEL/Resources/ResolutionMarch2005.pdf>, (dostęp 7 lipca 2011).

90 Por. art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167, a także art. 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności...

91 Tytułem przykładu można wskazać E. Cannizzaro, *Il principio Della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano 2000.

ona ściśle z wymogiem dostosowywania podejmowanych środków do zamierzonych celów.

Zasada proporcjonalności zajmuje szczególne miejsce w arbitrażu inwestycyjnym. Kingsbury i Schill przekonująco uzasadniają, że rozstrzygnięcia arbitrażowe mogą być traktowane jako decyzje regulujące zachowanie państw i ich późniejszą politykę, dotyczące ważenia takich wartości jak ochrona inwestora z jednej strony, a ochrona środowiska z drugiej. Decyzje te często opierają się

Podsumowanie

Odchodząc od przymiotnika „międzynarodowy” – jako oznaczającego państwowcentryczny system prawny – i zastępując go określeniem „globalny”, zwolennicy koncepcji o wyłaniającym się nowym porządku regulacyjnym zwracają uwagę na konkurencyjne wobec państw ośrodki tworzenia i stosowania prawa, które pozostają (przynajmniej częściowo) poza kontrolą owych państw. Jednocześnie odejście od przymiotnika „międzynarodowy” – jako

Wydaje się, że globalne prawo administracyjne należy rozumieć jako zrewidowaną, rozwijającą się równolegle do klasycznej, wersję prawa międzynarodowego publicznego, w którym większą uwagę zwraca się na normy tworzone przez podmioty pozapaństwowe.

na zobowiązaniu do bezstronnego i słusznego traktowania inwestorów (*fair and equitable treatment*) i powinny spełniać kryteria globalnego prawa administracyjnego⁹².

Innym przykładem doniosłości zasady proporcjonalności w decyzjach globalnej administracji jest przytaczana wcześniej sprawa *Kadi*, w której jednym z analizowanych przez ETS wątków było poszanowanie omawianej zasady. Trybunał uznał jednak, że zamrażanie aktywów osób fizycznych, jako środek mający na celu realizację postanowień Rady Bezpieczeństwa wobec osób stanowiących zagrożenie terrorystyczne, nie jest samo w sobie nieproporcjonalne⁹³.

92 B. Kingsbury, S. Schill, *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law*, http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1146&context=nyu_plltwp (dostęp 24 czerwca 2011).

93 Por wyrok w sprawie *Kadi* i *Al. Barakat*..., pkt 363.

oznaczającego *ius inter gentes*, czyli prawo pomiędzy narodami – nie wyraża całkowitego zerwania z prawem międzynarodowym. Zasadne jest pojmowanie globalnego prawa administracyjnego jako próby uwypuklenia i doktrynalnego uporządkowania przeobrażeń dokonujących się w społeczności międzynarodowej i dotyczących jej unormowaniach. Nie sposób opisać ich tylko i wyłącznie przy pomocy instrumentów odnoszących się do relacji państwo–państwo. Wyposażenie istotnej liczby instytucji we władztwo mające wpływ na status prawny i faktyczny jednostki określa się często przy pomocy nie do końca precyzyjnego pojęcia *global governance*. Stawiając się nadać ramy prawne temu zjawisku, utworzono pojęcie globalnego prawa administracyjnego. Wydaje się, że należy rozumieć je jako zrewidowaną, rozwijającą się równolegle do klasycznej, wersję prawa międzynarodowego publicznego, w którym większą uwagę zwraca się na normy tworzone przez podmioty pozapaństwowe. Warto zwrócić uwagę, że dyskusja na temat globalnego prawa administra-

cyjnego powiązana jest z debatą na temat konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego i umiędzynarodowienia prawa krajowego, co zarazem wiąże się z zanikaniem wyraźnego rozgraniczenia pomiędzy międzynarodowym i krajowym porządkiem prawnym. Globalne prawo administracyjne jest zatem

istotnym doktrynalnym pomostem w rozważaniach na temat globalizacji prawa z punktu widzenia prawników międzynarodowych, administratywistów, konstytucjonalistów, teoretyków prawa, a także politologów i specjalistów w zakresie stosunków międzynarodowych.



Robert Jastrzębski

Doktor habilitowany, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

Autor książek: *Funkcje weksla w II Rzeczypospolitej* (2003), *Domy skladowe – umowa skladu, dowody skladowe. Komentarz do ustawy* (2004), *Wplyw siły nabywczej pieniądza na wykonanie zobowiązań prywatno-prawnych w II Rzeczypospolitej* (2009), *współautor: Giełdy towarowe. Komentarz* (2006), *Prawne regulacje działalności giełd towarowych w Polsce* (2007) oraz kilkadziesiąt publikacji. Zainteresowania naukowe: historia ustroju i prawa polskiego; prawo cywilne; prawo handlowe; prawo gospodarcze; prawo wekslowe i czekowe. Członek m.in. rady programowej czasopisma „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” oraz Polskiego Towarzystwa Historii Gospodarczej.

Robert Jastrzębski

Recenzja książki Marzenny Paszkowskiej *Nauka prawa karnego w środowisku „Gazety Sądowej Warszawskiej” (1873–1918)*¹

Obecnie obowiązujące regulacje z zakresu nauk penalnych związane są ze sporami naukowymi, jakie toczyły się na przełomie XIX i XX w. Ogromny wpływ na unormowania prawne miały poglądy filozoficzne, które dotyczyły m.in. przestępstwa, winy, kary. Oczywiście prawo karne towarzyszy człowiekowi od zarańczenia dziejów. Warto jednak zaznaczyć, że takie zasady prawa karnego jak *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, *lex retro non agit* związane są z nowożytnymi koncepcjami filozoficzno-prawnymi². Poważną rolę

odegrały tu dyskusje toczące się między przedstawicielami klasycznego i pozytywistycznego kierunku w prawie karnym. Pierwszy wywodził odpowiedzialność karną z winy oraz wolnej woli przestępcy – kara miała stanowić sprawiedliwą odpłatę za popełnione przestępstwo. Nawiązywał do poglądów filozoficznych I. Kanta, G. Hegla³, a jego przedstawicielami byli m.in. A. Feuerbach, J. Bentham, P. Rossi, N. Tagancew, na ziemiach polskich zaś R. Hube,

S. Waltoś, *Zasady prawa i procesu karnego*, Warszawa 1975; I. Andrejew, *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1988; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie Prawo Karne. Część ogólna*, Kraków 2010.

3 Zob. I. Kant, *Metafizyczne podstawy nauki prawa*, Kęty 2006; G.W.F. Hegel, *Zasady filozofii prawa*, Kraków 1969; J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, Kraków 1958.

1 M. Paszkowska, *Nauka prawa karnego w środowisku „Gazety Sądowej Warszawskiej” (1873–1918)*, Warszawa 2010, ss. 283.

2 Zob. W. Wolter, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego*, Warszawa 1947; I. Andrejew, L. Lernell, J. Sawicki, *Prawo karne Polski Ludowej*, Warszawa 1954; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973; K. Buchała,

S. Budziński, E. Krzymuski⁴. Natomiast drugi kierunek stanowił odpowiedź na rozwijający się w drugiej połowie XIX w. oraz na początku XX w. pozytywizm, oparty na poglądach H. Spencera, J.S. Milla, A. Comte'a⁵. W ramach tego kierunku wyróżnia się m.in. szkołę antropologiczną, socjalistyczną i socjologiczną⁶. Istotne znaczenie dla rozwoju nauk penalnych miała przede wszystkim ostatnia z wymienionych szkół. Charakterystyczne dla szkoły socjologicznej było – nierzadko współcześnie powtarzane – stwierdzenie F. Liszta, prawnika austriackiego: „Nie czyn, lecz sprawca zostaje ukarany”. W ten sposób wpływ na zrozumienie przestępczości *sensu largo* miały czynniki społeczne (socjologiczne) związane z jej etiologią, a także sposobami przeciwdziałania przestępczości, w tym wymiar kary i zasady jej odbywania. Poglądy te znalazły odbicie w regulacjach karnych powstałych w XX w., m.in. w kodeksie karnym norweskim z 1902 r., kodeksie karnym szwajcarskim z 1937 r., czy polskim kodeksie karnym z 1932 r.⁷

Ostatnie unormowanie wiąże się z działalnością Komisji Kodyfikacyjnej II RP oraz działalnością takich polskich luminarzy prawa, jak: J. Makarewicz, W. Makowski, E.S. Rappaport czy A. Mogilnicki.

4 Zob. R. Hube, *Ogólne zasady nauki prawa karnego*, Warszawa 1830; S. Budziński, *O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy z uwzględnieniem praw obowiązujących w Królestwie Polskim i Galicji Austriackiej*, Warszawa 1883; E. Krzymuski, *Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego*, t. I, Kraków 1911.

5 Zob. J.S. Mill, *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 1959; A. Comte, *Rozprawa o duchu filozofii pozytywnej*, Kęty 2001; A. Comte, *Rozprawa o duchu filozofii pozytywnej. Rozprawa o całokształcie pozytywizmu*, Warszawa 1973; H. Spencer, *Jednostka wobec państwa*, Warszawa 2002; A. Podgórecki, *Socjologiczna teoria prawa*, Warszawa 1998.

6 Zob. S. Glaser, *Polskie prawo karne w zarysie*, Kraków 1933; I. Andrejew, *O „szkołach” w nauce prawa*, „Państwo i Prawo” 1950, z. 5–6; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1989; A. Marek (red.), *System prawa karnego*, t. I, *Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2010.

7 Zob. *Szwajcarski kodeks karny z dnia 21 grudnia 1937 r.*, Warszawa 1960; A. Marek (red.), *System prawa karnego*, t. II: T. Bojarski (red.), *Źródła prawa karnego*, Warszawa 2011; M. Piatek, *Systemy penitencjarne państw skandynawskich na tle polityki kryminalnej, karnej i penitencjarnej*, Warszawa 2007.

Warto zaznaczyć, że w ówczesnej nauce prawa karnego znaleźli się zarówno przedstawiciele szkoły klasycznej, m.in. E. Krzymuski i W.P. Miklaszewski, jak i socjologicznej – poza już wspomnianymi byli to B. Wróblewski, S. Glaser, S. Śliwiński⁸. Należy też pamiętać, iż polski kodeks karny wszedł w życie z dniem 1 września 1932 r. Przedtem zaś, co do zasady, obowiązywały regulacje zaborcze oparte na poglądach jednej z dwóch wymienionych szkół prawa karnego – klasycznej bądź socjologicznej. Co istotne, nurt socjologiczny nie dotyczył tylko prawa karnego materialnego, ale *de facto* całości nauk penalnych. Należy zaznaczyć, że nawet obecnie można usłyszeć echa toczących się wówczas sporów. Oczywiście nie mają one już tak ożywionego charakteru, niewielu bowiem jest przedstawicieli szkoły klasycznej, a współczesne ustawodawstwo karne oparte zostało w przeważającej mierze na poglądach szkoły socjologicznej⁹.

Dopiero po dłuższym wstępie można przystąpić do omawiania recenzowanej książki. Pozwolił on bowiem niejako oczyścić przedpole do dalszych rozważań oraz ocenić pracę *sine ira et studio*. Warto podkreślić, że napisanie pracy na temat polskiego prawa karnego z przełomu XIX i XX w. nie jest wcale zadaniem prostym i wymaga pogłębionej wiedzy i badań. Recenzowana książka składa się ze wstępu, siedmiu rozdziałów, zakończenia oraz wykazu źródeł i literatury. We wstępie autorka stwierdziła, iż „w znaczącej mierze praca ma charakter biograficzny, omawiając kwestie prawa karnego poprzez przedstawienie sylwetek prawników piszących w GSW” (s. 19). W ten sposób a *limine* czytelnik został uprzedzony, że ma do czynienia z pracą o charakterze w zasadzie biograficzno-bibliograficznym, która dotyczy zawarto-

8 Zob. A. Lityński, *Wydział Karny Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej. Dzieje prac nad częścią ogólną kodeksu karnego*, Katowice 1991; J. Koredczuk, *Wpływ nurtu socjologicznego na kształt polskiego prawa karnego procesowego w okresie międzywojennym (Les classiques modernes)*, Wrocław 2007.

9 Zob. B. Wolniewicz, *Filozoficzne aspekty kary głównej*, „Edukacja Filozoficzna” 1995, nr 20; A. Zoll (red.), *Racjonalna reforma prawa karnego*, Warszawa 2001; B. Wolniewicz, *Sądownicza erozja swobód demokratycznych (przyczynek do filozofii prawa karnego)*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, 2005–2006, vol. LII–LIII.

ści tygodnika „Gazeta Sądowa Warszawska” (dalej: GSW) w latach 1873–1918.

W pierwszym rozdziale zostało omówione środowisko naukowe Warszawy po powstaniu stycznio-wym. Autorka z ogromną pasją opisuje, „kto i co” wy-kładał w Szkole Głównej Warszawskiej (1862–1869) oraz na Cesarskim Uniwersytecie Warszawskim (1869–1915), zarówno z zakresu prawa karnego, jak i też cywilnego, rzymskiego, skarbowości, medycyny sądowej. Co więcej, podaje życiorysy owych wykła-dowców oraz przebieg ich pracy naukowej. Są to po-wtórzenia, często kompilacje, informacji zawartych w licznych opracowaniach, w tym hasłach „Polskiego Słownika Biograficznego” (dalej: PSB). Przypomina to w pewnym sensie *sui generis* hagiografię uniwer-syteckiej kadry dydaktycznej. Co istotne, widoczny jest brak archiwaliów rosyjskich na ten temat. Na-stępnie autorka zajęła się czasopismami i wyda-wnictwami prawniczymi: „Przeglądem Sądowym”, „Biblioteką Umiejętności Prawnych”. W tej części rozważań znaleźć można dalszy ciąg biografów, jak też informacje „kto i co” na jaki temat napisał. *Prima facie* widać brak jakiegokolwiek szerszego spojrzenia na ówczesne spory filozoficzno-prawne, w tym także na pojęcie przestępstwa, winy, kary – w odniesieniu do ówczesnej myśli karnej¹⁰.

Kolejny rozdział recenzowanej pracy dotyczy GSW do I wojny światowej. Autorka zajęła się w nim gene-zą i programem GSW, przedstawiła sylwetki, tym ra-zem redaktorów. Następnie skupiła się na zawartości tematycznej czasopisma, m.in. w zakresie prawa kar-nego, cywilnego, historii ustroju i prawa, wymieniła konkursy naukowe, przytoczyła bibliografię prawni-cze, opisała numery jubileuszowe, wskazała proble-my wydawnicze. Trzeci rozdział książki odnosi się do działalności prawników w życiu naukowym Warsza-wy na przełomie stuleci. Doprawdy nie wiadomo, co mają wspólnego z ówczesnym prawem Kasa Pomocy im. J. Mianowskiego, Uniwersytet Łatający, Towarzystwo Kursów Naukowych, Towarzystwo Naukowe Warszawskie, Biblioteka Publiczna miasta Warszawy, Towarzystwo Prawnicze w Warszawie,

Bibliografia prawnicza polska XIX i XX wieku A. Suli-gowskiego czy „Themis Polska” – seria II. Następny, czwarty rozdział dotyczy obecności nauk penalnych na łamach GSW za sprawą przedstawicieli szkoły kla-sycznej. Poszczególne jego podrozdziały zostały po-święcone S. Budzińskiemu, W.P. Miklaszewskiemu, A. Moldenhawerowi, E. Krzymuskiemu. Zawierają ich biografie, znów oparte na PSB, jak również ich poglądy, m.in. na karę, instytucję analogii, prze-stępczość, system penitencjarny, prezentowane głównie na łamach GSW. Sam sposób przedsta-wienia poglądów poszczególnych autorów uważam za niewłaściwy, gdyż nie można opierać się wyłącznie na życiorysie autora i jego publikacjach w GSW, bez jakiegokolwiek odniesienia do ówczesnych nauk penalnych, takich jak kryminologia, kryminalisty-ka, wiktymologia, nauki penitencjarne, penologia. Poza tym bardzo pobieżnie została omówiona re-forma sądownictwa w Królestwie Polskim z 1876 r. i niemal zupełnie pominięta reforma sądownictwa w carskiej Rosji za Aleksandra II, z 1864 r. Istotne znaczenie miały w owym czasie, co w pracy nie zo-stało nawet lakonicznie potraktowane, instytucja są-dów przysięgłych, działalność Towarzystwa Opieki nad Więziami, „Patronat” oraz kwestia poglądów na karę śmierci czy chłosty – w szczególności wobec ów-czesnych poglądów, często dość kontrowersyjnych. W pracy umieszczono natomiast *in extenso* fragmen-ty artykułów poszczególnych autorów, publikujących na łamach GSW, z których często niewiele wynika.

W rozdziale piątym znaleźli się reprezentan-ci polskiej myśli prawno-karnej z przełomu XIX i XX w. Zgodnie z wcześniejszym zwyczajem autorka przedstawiła w kolejnych podrozdziałach „żywoty” poszczególnych autorów – J. Rosenblatta, W. Ostro-żyńskiego, J. Makarewicz, A. Mogilnickiego, E.S. Rappaporta, W. Makowskiego – oraz zaprezen-towała ich poglądy na podstawie publikacji w GSW. Warto zaznaczyć, że rozdział ten, tak jak poprzedni i następny, składa się z wielu cytatów, które mogłyby zostać w pracy pominięte. Szósty rozdział dotyczy związków GSW z europejską myślą prawno-karną. Autorka przedstawiła działalność prawników zwią-zanych z GSW – na forum europejskim. Scharaktery-zowała uczestnictwo autorów GSW w spotkaniach, kongresach, zjazdach, seminariach, w szczególności

¹⁰ Zob. E. Krzymuski, *Historia filozofii prawa do połowy XIX wie-ku*, Kraków 1923; K. Opalek, W. Wolter, *Nauka filozofii prawa i prawa karnego w Polsce*, Kraków 1948.

podaje informacje zawarte w GSW na temat nowych instytucji prawa karnego w Europie, takich jak środki probacyjne, warunkowe przedterminowe zwolnienie, środki zabezpieczające. Na tym tle ostatni rozdział „Wkład środowiska »Gazety« w działalność ponadzaborową” wydaje się, jako osobna jednostka redakcyjna, niepotrzebny. Autorka omówiła w nim udział autorów GSW w zjazdach prawników i ekonomistów polskich oraz – na czterech stronach – przedstawiła znaczenie publikacji GSW „w budowie polskiego prawa karnego w dwudziestolecie międzywojennym” (s. 242). W zakończeniu autorka dokonała podsumowania swoich rozważań.

Pora na wnioski końcowe. Praca ma charakter bibliograficzno-sprawozdawczy. Do głównych jej mankamentów, poza wadliwą konstrukcją oraz zawężeniem tematu, który nie powinien zostać ograniczony jedynie do zawartości GSW, ale objąć swoim zakresem całość poglądów sformułowanych przez polską naukę w okresie zaborów, należy zaliczyć:

1. brak szerszego omówienia doktryny szkół prawa karnego, zwłaszcza klasycznej i socjologicznej w ujęciu filozoficznym;
2. zbyt pobieżną charakterystykę prawa karnego państw zaborczych, zwłaszcza rosyjskiego (rosyjskie kodeksy karne z 1866 r. i z 1903 r.; austriacki kodeks karny z 1852 r.; niemiecki kodeks karny z 1871 r.);
3. zupełny brak analizy orzecznictwa sądowego z tego okresu, które ujawniłoby dominujące tendencje, kierunki judykatury;
4. nieomówienie rosyjskich regulacji sądowych rozciągniętych w 1876 r. na obszar Królestwa Polskiego;
5. niewykorzystanie jakichkolwiek źródeł archiwalnych;
6. brak odniesień do ówczesnych poglądów, m.in. na karę śmierci, chłosty, w szczególności w związku z tzw. neoklasycyzmem w prawie karnym;
7. lakoniczną charakterystykę wpływu ówczesnej nauki na późniejsze polskie prace kodyfikacyjne, dotyczące kodeksu karnego i kodeksu postępowania karnego, a także związków z późniejszym systemem penitencjarnym;

8. wiążące się z powyższymi uwagami luki w bibliografii.

Podsumowując, uprawianie tego rodzaju sprawozdawczości ma sens, jeśli jest solidnie wykonane. Dlatego lepiej byłoby dokonać wyboru publikacji zawartych w GSW, na zasadzie przedruku, oraz dodatkowo omówić życiorysy autorów, dodając ich konterfekty. W ten sposób powstałby przynajmniej interesujący zbiór artykułów, ukazujący ewolucję poglądów, tendencji, kierunków rozwojowych nauk penalnych na ziemiach polskich na przełomie XIX i XX w. Warto zaznaczyć, że współcześnie można zauważyć w polskich pracach prawnohistorycznych swoiste „muzealnictwo”, które jednak – o ile zostało opracowane gruntownie oraz zawiera wnioski *de lege ferenda*, w tym umożliwia „spojrzenie” na dawne instytucje prawne – bez wątpienia zasługuje na aprobatę. Nie można natomiast w twórczości naukowej ograniczać się niemal wyłącznie do podawania not biograficznych i bibliograficznych. W ten sposób można wyobrazić sobie prace naukowe dotyczące wyłącznie historii poszczególnych czasopism prawniczych, ich zawartości, w tym poszczególnych gałęzi prawa czy instytucji prawnych, przykładowo: prawa rzeczowego, rodzinnego, spółki akcyjnej, komandytowej, kary śmierci, więzienia, podatku obrotowego itp. – na łamach takich czy innych czasopism prawniczych. Podana egzemplifikacja nie wyczerpuje oczywiście tematyki przyszłych studiów. W związku z tym uważam, że nie o to chodzi w badaniach, a tym samym w pisaniu prac naukowych. Słusznie bowiem stwierdził E. Krzymuski w prelekcji habilitacyjnej wygłoszonej 28 czerwca 1881 roku: „nauka prawa jest historyczna, gdy bada formy, które idea prawa przyoblekała w życiu ubiegłym narodów. Rysuje ona nam obraz całkowitego rozwoju prawa w przeszłości, wskazuje nam główne jego stadia i tłumaczy tak związki, jaki między nimi zachodzi, jako też i węzły, które je łączą z dzisiejszym stanem prawa”¹¹.

¹¹ E. Krzymuski, *O znaczeniu filozofii prawa i o metodzie jej wykładu*, Warszawa 1881, s. 7.

IV Ogólnopolski Zjazd Cywilistów, Toruń 24–25 czerwca 2011 r.

Tradycja naukowych spotkań poświęconych aktualnym zagadnieniom prawa cywilnego jest kontynuowana od dłuższego czasu. Tym razem w Toruniu obradował Ogólnopolski Zjazd Cywilistów. Podstawowe kierunki debaty IV Zjazdu zostały odzwierciedlone w dwuczłonowym podtytule: „Nowy kodeks cywilny. Czyny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym”. Podniesiona tematyka wzbudziła zainteresowanie przedstawicieli nauki prawa cywilnego wszystkich krajowych i kilku zagranicznych ośrodków akademickich. Prezentacja poszczególnych zagadnień została połączona z dyskusją naukową, której podczas IV Zjazdu poświęcono wyjątkowo dużo miejsca.

Gości IV Zjazdu w imieniu organizatorów powitała prof. M. Dragun-Gertner (UMK), Przewodnicząca Komitetu Organizacyjnego. Następnie prof. D. Janicka, Prorektor Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu uroczyście otworzyła obrady. List Prezydenta RP Bronisława Komorowskiego został odczytany przez prof. T. Justyńskiego (UMK). Głos w imieniu Patronów Honorowych IV Zjazdu zabrali Prezydent Miasta Torunia M. Zaleski oraz Sekretarz Województwa Kujawsko-Pomorskiego M. Smoczyk (pod nieobecność P. Całbeckiego, Marszałka Województwa), w imieniu Krajowej Rady Notarialnej wystąpiła not. B. Dembowska, a w imieniu organizatorów prof. A. Sokala, Dziekan Wydziału Prawa i Administracji UMK w Toruniu.

Obrady IV Zjazdu zostały zapoczątkowane sesją plenarną pt. „Nowy kodeks cywilny”, pod przewodnictwem prof. B. Lewaszkiewicz-Petrykowskiej (UŁ), która zabrała głos jako pierwsza, po czym poprosiła prof. Z. Radwańskiego (UAM, Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego) o zabranie głosu i wprowadzenie do dyskusji.

Następnie pod przewodnictwem prof. M. Pazdana (UŚ) dyskutowano nad tezami wystąpienia prof. Z. Radwańskiego. W debacie udział wzięli uczestniczący w panelu prof. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, prof. K. Pietrzykowski (UW, Sędzia SN), prof. A. Całus (SGH), prof. W.J. Katner (UŁ, Sędzia SN), prof. P. Machnikowski (UWr), prof. A. Mączyński (UJ), prof. R. Szostak (UE w Krakowie), prof. M. Pazdan, a w otwartej dyskusji prof. W. Kocot (UW), dr M. Pecyna (UJ), prof. J. Pisuliński (UJ), dr B. Janiszewska (UW), dr M. Olechowski (UW), prof. A. Brzozowski (UW), prof. J. Błęszyński (UW), prof. T. Smyczyński (US) oraz dr K. Osajda (UW). Po ostatnim wystąpieniu do głosów sformułowanych w toku dyskusji odniósł się prof. Z. Radwański.

Sesja druga pierwszego dnia, pod przewodnictwem prof. W.J. Katnera, została poświęcona problematyce czynów niedozwolonych. Referat otwierający tę część IV Zjazdu został przygotowany przez prof. M. Nesterowicza (UMK) i prof. E. Bagińską (UMK). Wspólne wystąpienie nosiło tytuł „Tendencje rozwojowe odpowiedzialności deliktowej w końcu XX i początkach XXI wieku, a ochrona poszkodowanego w prawie polskim i prawie porównawczym”. Następnie prof. A. Całus zaprezentował referat pt. „Znaczenie Rozporządzenia Rzym II dla unifikacji czynów niedozwolonych w państwach członkowskich UE”. Z kolei prof. T. Pajor (UŁ) wygłosił referat pt. „Problem odpowiedzialności deliktowej za szkodę czysto ekonomiczną”.

Po przerwie kontynuowano obrady sesji drugiej. Tej części IV Zjazdu przewodniczyli prof. E. Łętowska (INP PAN) i prof. A. Mączyński. Na początku dr W. Robaczyński wygłosił przygotowany wspólnie z dr. P. Książakiem (UŁ) referat pt. „Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań jako czyn

niedozwolony”. Następnie przemówiła dr M. Wałachowska (UMK). Jej wystąpienie nosiło tytuł „Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę na rzecz najbliższych członków rodziny poszkodowanego na skutek uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia – konieczność regulacji prawnych”.

Dyskusji nad тезami wygłoszonymi przez prelegentów drugiej sesji IV Zjazdu przewodniczyli prof. M. Pyziak-Szafnicka (UŁ) oraz prof. L. Ogiegło (UŚ). Debatę zapoczątkowała wypowiedź prof. E. Łętowskiej. Następnie głos zabierali dr B. Kucharski (UŁ), prof. J. Panowicz-Lipska (UAM), mgr K. Królikowska (UW), prof. M. Bączyk (UMK, Sędzia SN), prof. T. Pajor, prof. P. Drapała (UMK), dr W. Robaczyński, dr K. Osajda, prof. J. Pisuliński, prof. E. Bagińska, dr M. Wałachowska oraz prof. P. Machnikowski.

Drugi dzień IV Zjazdu otworzyła trzecia sesja plenarna zatytułowana „Czyny niedozwolone”. Sesji przewodniczyli prof. J. Panowicz-Lipska oraz prof. A. Zieliński (UW). Jako pierwsze w tej części konferencji zostało przewidziane wspólne wystąpienie dr M. Jagielskiej oraz dr. G. Żmija (UŚ). Doktor G. Żmij wygłosił referat „Czyn niedozwolony a prawo administracyjne”. Do problematyki prawa publicznego nawiązywało wystąpienie prof. M. Bączyka, który wygłosił referat „Odpowiedzialność za utracone korzyści na skutek bezprawnej decyzji administracyjnej”. Z kolei prof. R. Szostak w swoim wystąpieniu poruszył zagadnienie ujęte w tytule: „Odpowiedzialność cywilnoprawna za uchylenie się od obowiązku przedkontraktowej informacji konsumenckiej”. Następnie prof. A. Olejniczak (UAM) wypowiedział się na temat „Małoletni jako sprawca lub poszkodowany czynem niedozwolonym”. Poproszona o głos dr J. Haberk (UAM) podjęła temat „Wyrządzenie szkody prenatalnej w kontekście zdolności prawnej dziecka poczętego”.

Obradom po przerwie przewodniczyli prof. M. Dragun-Gertner oraz prof. J. Pisuliński. Tę część obrad otworzyło wystąpienie prof. E. Kowalewskiego (UMK) na temat „Rozwój ubezpieczeń a zmierzch odpowiedzialności deliktowej – iluzja czy rzeczywistość?”. Reprezentująca UMK dr K. Ludwichowska wygłosiła referat pt. „Odpowiedzialność posiadacza pojazdu mechanicznego w razie przewozu z grzeszności i zderzenia się pojazdów – uwagi *de lege ferenda*”.

W nurcie *de lege ferenda* pozostawało wystąpienie prof. A. Śmiei (UWr) zatytułowane „O odpowiedzialności deliktowej za własne i za cudze czyny (uwagi *de lege ferenda*)”. Natomiast prof. J. Sieńczyło-Chlabcz (UwB) wygłosiła referat pt. „Odpowiedzialność majątkowa z tytułu komercyjnego wykorzystania wizerunku osób powszechnie znanych”, a jej wystąpienie zwieńczyło trzecią, ostatnią sesję IV Zjazdu.

Dyskusji po przerwie przewodniczył prof. Z. Kwaśniewski (UMK, Sędzia SN). Debatę zapoczątkowała wypowiedź mec. M. Millera (Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa), a następnie głos zabierali prof. P. Machnikowski, mgr J. Kondek (UW), prof. J. Pisuliński, dr B. Lackoroński (UW), dr M. Pecyna, prof. W. Kocot, mec. M. Wild (Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa), mgr K. Mularski (UAM), prof. T. Pajor, prof. Z. Kwaśniewski, prof. M. Bączyk, prof. R. Szostak, dr B. Janiszewska, prof. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, prof. M. Dragun-Gertner, prof. J. Pisuliński, prof. P. Drapała, prof. B. Kordasiewicz (INP PAN), dr A. Raczynski (UAM), dr K. Ludwichowska oraz prof. A. Śmieja.

W najbliższej perspektywie rozlegną się echa IV Zjazdu. Na podsumowanie inspirującej debaty z pewnością przyjdzie jeszcze pora, ale główne myśli zarysowały się już podczas obrad stosunkowo wyraźnym konturem. Chociaż część środowiska naukowego wyraziła mniej lub bardziej sceptyczne oceny idei nowego kodeksu cywilnego, to wiele wskazuje na to, że kierunek rozpoczętych prac będzie podtrzymywany. Zbliża się czas ogłoszenia projektów kolejnych ksiąg projektu kodeksu cywilnego, zbliża się więc czas pogłębionej refleksji, dyskusji, sformułowania ewentualnych wniosków i kontynuowania badań uzupełniających. W porównaniu z perspektywą kodyfikacji prawa cywilnego omawiane w czasie obrad partykularne płaszczyzny różnych aspektów odpowiedzialności deliktowej dostarczyły podobnej liczby impulsów do dyskusji. Tezy szczegółowe stawiane i broniące przez dyskutantów budziły zróżnicowane oceny. Dlatego z pewnością zostaną zauważone i uwzględnione w fazie prac nad nowym kodeksem cywilnym. Wpłyną też zapewne na stosowanie prawa obecnie obowiązującego.

Patronatu i wsparcia IV Ogólnopolskiemu Zjazdowi Cywilistów w Toruniu udzielili Notariat Rze-

czypospolitej, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego, Urząd Miasta Torunia, wydawnictwa Wolters Kluwer, LexisNexis, C.H. Beck, oraz Park, a także Kancelaria Radców Prawnych Piszczek i Partnerzy s.c.

Trud organizacji IV Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów w Toruniu podjęły wspólnie Katedra Prawa

Cywilnego i Międzynarodowego Obrotu Gospodarczego UMK, Katedra Prawa Cywilnego i Rodzinnego UMK oraz Katedra Prawa Cywilnego i Bankowego UMK w Toruniu.

Najbliższy zjazd cywilistów odbędzie się w Poznaniu.

Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne

**Wyrok TK z dnia
19 października 2010 r.
(K 35/09 OTK ZU
z 2010 r. nr 8A, poz. 77)**

„[...] niezależność odnosi się do urzędu, niezawisłość zaś – do piastującej ów urząd osoby [...]. Innymi słowy niezależność cechuje Rzecznika Praw Obywatelskich jako organ państwa, niezawisłość winna zaś być przymiotem »substratu osobowego« tego organu. Sama niezależność od innych organów państwa oznacza zakaz tworzenia pomiędzy Rzecznikiem a innymi organami więzi strukturalnych i funkcjonalnych, które mogłyby prowadzić do zależności Rzecznika od tych organów”.

„[...] Rzecznik Praw Obywatelskich nie jest w żadnym wypadku jednostką organizacyjnie podległą Sejmowi, ani jego Marszałkowi (skoro Sejm nie stoi na pozycji nadrzędnej wobec Rzecznika, to tym bardziej na pozycji takiej nie stoi organ wewnętrzny Sejmu – Marszałek). Jest on [...] niezawisłym i niezależnym organem państwa, pozostającym poza trójpodziałem władzy. Skoro zaś pomiędzy Sejmem (i jego

Marszałkiem) a Rzecznikiem nie istnieje stosunek podległości, to nie sposób uznać za zgodną z Konstytucją sytuację, w której akt prawa wewnętrznego – a takim jest zarządzenie – działa »na zewnątrz«, obowiązując »inny podmiot« – organ niepozostający w owym stosunku podległości. Innymi słowy – brak organizacyjnej podległości wyklucza możliwość wydawania przez organ Sejmu aktów prawa wewnętrznego obowiązującego, mających wiązać Rzecznika”.

W wyniku kontroli zainicjowanej przez Rzecznika Praw Obywatelskich Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 oraz z 2007 r. Nr 25, poz. 162) w zakresie, w jakim upoważnia Marszałka Sejmu do nadania statutu Biuru Rzecznika Praw Obywatelskich, jest niezgodny z art. 93 ust. 1 i ust. 2 zdanie drugie oraz z art. 210 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Rozstrzygnął również, że przedmiotowy przepis, w wyżej wymienionym zakresie, traci moc obowiązującą z upływem dwunastu miesięcy od

dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. Ponadto, ustalając, że zastrzeżenia uczestników postępowania wzbudza tylko drugi człon kwestionowanego przepisu, określający podmiot upoważniony do nadawania statutu Biuru Rzecznika oraz stwierdzając, że nie zostały przedstawione żadne argumenty, które pozwoliłyby sądzić, że konstytucyjnoprawne wątpliwości wnioskodawcy budzi unormowanie, zgodnie z którym »zadania i organizację Biura określa statut», Trybunał Konstytucyjny postanowił w tym zakresie umorzyć postępowanie ze względu na niedopuszczalność i zbędność wydania wyroku.

Wnioskodawca wystąpił o zbadanie zgodności z Konstytucją RP art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 ze zm.; dalej: ustawa), stanowiącego, że »zadania i organizację Biura określa statut, który nadaje Marszałek Sejmu na wniosek Rzecznika”. Jako wzorce kontroli wskazane zostały art. 93 ust. 1 i 2 oraz art. 210 Konstytucji – przepisy dotyczące źródeł prawa oraz niezawisłości i niezależności Rzecznika od innych organów państwowych.

Trybunał Konstytucyjny przypominał, że art. 210 Konstytucji stanowi, iż „Rzecznik Praw Obywatelskich jest w swojej działalności niezawisły, niezależny od innych organów państwowych i odpowiada jedynie przed Sejmem, na zasadach określonych w ustawie”. Tym samym Konstytucja przesądza o niezawisłości i niezależności Rzecznika – jako organu ochrony prawa (jak ujmuje to tytuł rozdziału IX Konstytucji) – od innych organów państwowych, stanowiąc ponadto, że odpowiada on tylko przed Sejmem, na zasadach określonych w ustawie. Jest więc Rzecznik instytucjonalnie ułożony poza trójpodziałem władzy, choć istnieją więzi łączące go z Sejmem. Ograniczenie to nie dotyczy wypadków dopuszczanych przez samą Konstytucję lub ustanowionych w ustawach, ale w zgodzie z zasadami konstytucyjnymi. Niezależność od innych organów oznacza, że żaden z nich nie może Rzecznikowi niczego nakazać ani też zakazać czegokolwiek, co mieści się w zakresie jego konstytucyjnych zadań i określonych ustawą kompetencji.

Przytoczono również treść art. 93 Konstytucji, stanowiącego, że „uchwały Rady Ministrów oraz zarządzenia Prezesa Rady Ministrów i ministrów mają charakter wewnętrzny i obowiązują tylko jednostki organizacyjne podległe organowi wydającemu te akty” (ust. 1), ponadto zaś, że „zarządzenia są wydawane tylko na podstawie ustawy [i] nie mogą one stanowić podstawy decyzji wobec obywateli, osób prawnych

oraz innych podmiotów” (ust. 2). Wskazano przy tym, że przepis ten normuje kwestię aktów prawa wewnętrznego, zwanych też w doktrynie „aktami wewnętrznymi obowiązującymi” albo „aktami kierownictwa wewnętrznego” i stanowiących przeciwieństwo (czy może raczej – uzupełnienie) aktów prawa powszechnie obowiązującego (*erga omnes*). Konstytucja wymienia jedynie uchwały Rady Ministrów oraz zarządzenia Prezesa Rady Ministrów i zarządzenia ministrów, przesądzając o ich wyłącznie wewnętrznym charakterze i związaniu nimi tylko i wyłącznie jednostek „organizacyjnie podległych” organowi wydającemu akt. Wymogiem, od spełnienia którego zależy dopuszczalność wydania takiego aktu, jest istnienie podstawy ustawowej, a postanowienia aktu nie mogą stanowić podstawy decyzji wobec podmiotów indywidualnych (np. obywateli, osób prawnych); zarówno uchwały, jak i zarządzenia podlegają też kontroli co do zgodności z prawem powszechnie obowiązującym.

Z konstytucyjnej regulacji – dopuszczalności adresowania aktów prawa wewnętrznego tylko do „jednostek organizacyjnie podległych” – wynika, że przesłanką wydania takiego aktu jest istnienie stosunku organizacyjnej podległości. Powołując się na swoje wcześniejsze orzecznictwo (wyrok TK z 1 grudnia 1998 r., K 21/98, OTK ZU z 1998 r. nr 7, poz. 116), Trybunał przypominał, że niezależnie od faktu, iż w art. 93 Konstytucji rodzajowo wskazane są jedynie uchwały Rady Mini-

strów oraz zarządzenia Prezesa Rady Ministrów i poszczególnych ministrów, wszystkie akty prawa wewnętrznego obowiązującego muszą odpowiadać wymogom w tym przepisie ujętym. Artykuł 93 Konstytucji „stanowi bowiem nie tylko podstawę do wydawania uchwał przez Radę Ministrów oraz zarządzeń przez premiera i ministrów, ale też traktowany być musi jako ustanawiający ogólny – i bezwzględnie wiążący – model aktu o charakterze wewnętrznym”.

Trybunał Konstytucyjny ustalił następujące modelowe cechy takiego aktu: może on obowiązywać tylko jednostki organizacyjne podległe organowi wydającemu ten akt (art. 93 ust. 1), może być wydany tylko na podstawie ustawy (art. 93 ust. 2), podlega kontroli co do jego zgodności z powszechnie obowiązującym prawem (art. 93 ust. 3), nie może też stanowić podstawy decyzji wobec obywateli, osób prawnych oraz innych podmiotów (art. 93 ust. 2), ponieważ w żadnym wypadku nie może wiązać podmiotów, które nie są podległe organowi wydającemu taki akt.

Przywołując ponownie wyrok wydany w sprawie o sygn. K 21/98, Trybunał przypominał, że „punktem wyjścia dla określenia kompetencji organu państwowego do wydawania aktów o charakterze wewnętrznym musi być wskazanie, czy można mówić o podległości podmiotów (organów), które mają być adresatami takich aktów”, a tym samym nie ma konstytucyjnych przeszkód, by Sejm (albo jego Marszałek)

otrzymał ustawową kompetencję nadawania statutu Najwyższej Izbie Kontroli, która – zgodnie z art. 202 ust. 2 Konstytucji – „podlega” Sejmowi. Powołując się zaś na pogląd wyrażony w wyroku z 28 czerwca 2000 r. (K 25/99, OTK ZU z 2000 r. nr 5, poz. 141) Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że podległość to „więź ustrojowo-prawna, w której podmioty organizacyjnie nadrzędne mogą ingerować w przedmiotowo i konstytucyjnie określonym zakresie, w działania podmiotów podporządkowanych w każdej fazie i w zakresie, za pomocą dowolnie dobranych dla danej sytuacji środków”. Tym samym „kryterium »organizacyjnej podległości«, od spełnienia którego zależy dopuszczalność stanowienia aktów prawa wewnętrznego, należy rozumieć szerzej niż »hierarchiczne podporządkowanie« w znaczeniu przyjętym w prawie administracyjnym”. Z powyższego jasno wynika, że warunkiem *sine qua non* konstytucyjnej dopuszczalności wydania aktu prawa wewnętrznego jest istnienie stosunku organizacyjnej podległości pomiędzy wydającym akt a jego adresatem.

Sąd konstytucyjny przypomniał, że Rzecznik Praw Obywatelskich – organ ochrony prawa – jest niezależnym i niezawisłym organem państwa. Niemniej jednak Konstytucja i ustawa o RPO przewidują istnienie prawnych zależności między nim i Sejmem Rzeczypospolitej Polskiej. Rzecznik jest bowiem powoływany przez Sejm za zgodą Senatu (art. 209 ust. 1 Konstytucji), składa przed Sejmem ślubowanie

(art. 4 ustawy), ma obowiązek rocznego informowania obu izb parlamentu o swojej działalności oraz o stanie przestrzegania wolności i praw człowieka i obywatela (art. 212 Konstytucji), może też przedkładać parlamentowi określone sprawy wynikające z jego działalności (art. 19 ust. 3 ustawy), a także odpowiada przed Sejmem „na zasadach określonych w ustawie” (art. 210 Konstytucji). Zarazem Sejm wyraża zgodę na pociągnięcie Rzecznika do odpowiedzialności karnej i na pozbawienie go wolności (art. 211 Konstytucji). Zgodnie z ustawą Sejm, w określonych okolicznościach, może odwołać Rzecznika przed upływem kadencji (art. 7 ustawy), wyraża też zgodę na ustanowienie pełnomocników terenowych Rzecznika (art. 22), natomiast Marszałek powołuje – na wniosek Rzecznika – jego zastępców (art. 20 ust. 3 ustawy). Mimo powyższych niewątpliwych związków nie sposób jednak, na podstawie którejkolwiek regulacji, domniemywać jakiegokolwiek konstytucyjnego podporządkowania Rzecznika Praw Obywatelskich Sejmowi. Żadna z wymienionych wyżej więzi nie uzasadnia odnajdywania w tych regulacjach elementów zwierzchnictwa Sejmu nad Rzecznikiem.

Wypełnianie konstytucyjnego obowiązku Rzecznika – stania na straży wolności i praw człowieka i obywatela określonych w Konstytucji oraz w innych aktach normatywnych – umożliwia Biuro, czyli wykwalifikowany aparat urzędniczy i administracyjno-obługowy. Biuro – organ

pomocniczy Rzecznika – zapewnia organizacyjne i administracyjne warunki jego pracy, wykonując na jego rzecz wszelkie niezbędne czynności o charakterze zarówno merytorycznym (np. analitycznym), jak i administracyjno-technicznym. Biuro stanowi profesjonalny urzędniczy aparat pracy Rzecznika, pozbawiony samoistności prawnej i ustrojowej, a więc trzeba je uznać za podmiot zależny, usytuowany przy konstytucyjnym organie państwa, którego zadaniem jest zapewnienie wieloaspektowej „obsługi” Rzecznika w zakresie wykonywanych przezeń obowiązków.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził zatem, że nadanie statutu Biuru RPO ma znaczenie nie tylko dla samego Biura – pozbawionego wszak samoistności prawnej i ustrojowej – ale bezpośrednio rzutuje na sytuację Rzecznika, organu państwa odpowiedzialnego za ochronę konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela. Można przyjąć, że żaden organ państwa, a więc również Rzecznik, nie mógłby właściwie wypełniać konstytucyjnych obowiązków, będąc pozbawionym fachowego zaplecza. Na należyte wykonywanie tych obowiązków zasadniczy wpływ ma nie tylko istnienie, ale i odpowiednia organizacja owego zaplecza. Innymi słowy, determinowany postanowieniami statutu kształt organizacyjny Biura ma realny wpływ na sprawność działania Rzecznika.

Trybunał Konstytucyjny, uznając zaskarżony przepis za niezgodny z art. 210 Konstytucji, przypomniał, że przywołany przepis

ustawy zasadniczej statuuje *expressis verbis* zasady niezawisłości i niezależności Rzecznika i nie można się w nim doszukiwać podstaw twierdzenia o jakiegokolwiek podległości Rzecznika względem Sejmu. Niezależność Rzecznika ma zasadnicze znaczenie ustrojowe, wszakże w codziennej praktyce jego funkcjonowania musi być rozpatrywana głównie w aspekcie organizacyjnym i funkcjonalnym. Skoro Rzecznik jest organem niezależnym, a na należyte wykonywanie przezeń obowiązków zasadniczy wpływ ma istnienie i właściwa organizacja fachowego zaplecza, to uznać trzeba, że to właśnie sam Rzecznik winien dysponować szeroką swobodą ukształtowania struktury oraz trybu pracy podległego mu aparatu urzędniczego. Konstytucyjnie zadekretowana niezależność Rzecznika zakazuje ustawodawcy ustanawiania takich więzów strukturalnych i funkcjonalnych, które mogłyby uzależnić Rzecznika od innych organów władzy publicznej. „Ustrojodawca – orzekł Trybunał – nie przyznał Sejmowi (a więc – tym bardziej – jego Marszałkowi) pozycji władczej i nie założył istnienia stosunku pod-

ległości pomiędzy Rzecznikiem a Sejmem”.

W świetle powyższych ustaleń Trybunał Konstytucyjny uznał, że niezgodność art. 20 ust. 2 ustawy z art. 93 ust. 1 i 2 zdanie drugie Konstytucji również jest niewątpliwa. W tym względzie stwierdzono, że Rzecznik Praw Obywatelskich nie jest w żadnym wypadku jednostką organizacyjnie podległą Sejmowi ani jego Marszałkowi. Jest on niezawisłym i niezależnym organem państwa, pozostającym poza trójpodziałem władzy. Skoro zaś pomiędzy Sejmem (i jego Marszałkiem) a Rzecznikiem nie istnieje stosunek podległości, to nie sposób uznać za zgodną z Konstytucją sytuacji, w której akt prawa wewnętrznego – a takim jest zarządzenie – działa „na zewnątrz”, obowiązując „inny podmiot” – organ niepozostający w owym stosunku podległości. Innymi słowy – brak organizacyjnej podległości wyklucza możliwość wydawania przez organ Sejmu aktów prawa wewnątrznie obowiązującego, mających wiązać Rzecznika.

Odnosząc się do zdania wnioskodawcy, że upoważnienie zawarte w art. 20 ust. 2 ustawy jest

wadliwe również dlatego, że nie wskazuje formy aktu prawnego, którym miałyby być nadawany Biuru statutu, co godzić ma w postanowienia art. 93 ust. 2 zdanie pierwsze Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę na szczególną odmienność systemu aktów prawa wewnętrznego w relacji z systemem aktów prawa powszechnie obowiązującego. Ten pierwszy system cechuje bowiem otwartość zarówno podmiotowa (w zakresie podmiotów upoważnionych do ich wydawania), jak i formalna (w zakresie form prawnych, w których mogą być one stanowione). Rezultatem czynności prawodawczych podmiotu monokratycznego jest – zwyczajowo – zarządzenie (gdy rezultatem takich czynności organów kolegialnych są uchwały), przy czym słowo to jest zarówno określeniem rodzaju danego aktu prawnego, jak i elementem jego nazwy własnej. W tych okolicznościach trudno wyobrazić sobie – inną niż „zarządzenie” – formę działania Marszałka w zakresie nadania Biuru statutu, co – mimo braku stosownego postanowienia w kwestionowanym przepisie – utarło się w długoletniej już praktyce.

Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Wyrok TSUE (wielka izba) z 3 maja 2011 r. C-375/09 (w sprawie Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przeciwko Netia SA) – kompetencje krajowego organu ochrony konkurencji w zakresie naruszenia art. 102 Traktatu o Funkcjonowaniu UE¹

Stan faktyczny

Orzeczenie zapadło w trybie pytania prejudycjalnego i dotyczy wykładni art. 5 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003². Wniosek został złożony w ramach sporu, jaki powstał pomiędzy Prezesem polskiego Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) a spółką Netia SA (dalej: spółka) w przedmiocie

decyzji wydanej przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 82 TWE³.

Prezes UOKiK, działając jako krajowy organ ochrony konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 rozporządzenia, wszczął postępowanie przeciwko spółce w związku z naruszeniem art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁴ oraz art. 82 TWE. Po przeprowadzeniu postępowania organ stwierdził, że zachowanie spółki nie stanowi nadużycia jej pozycji dominującej na rynku, tj. naruszenia prawa krajowego oraz art. 82 TWE (obecnie art. 102 TFUE). W konsekwencji Prezes UOKiK, stosując prawo krajowe, wydał decyzję, w której stwierdził, że spółka nie stosowała żadnej praktyki ograniczającej konkurencję. Natomiast w zakresie naruszenia art. 102 TFUE Prezes UOKiK rozstrzygnął, że postępowanie w sprawie należy umorzyć ze względu na jego bezprzedmiotowość. Spółka zaskarżyła tę decyzję. Sąd Okręgowy – Sąd Ochro-

ny Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję, a Sąd Apelacyjny w Warszawie utrzymał to rozstrzygnięcie w mocy, uznając, że Prezes UOKiK powinien był wydać decyzję stwierdzającą brak praktyki ograniczającej konkurencję na podstawie art. 102 TFUE. Prezes UOKiK zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie skargą kasacyjną do Sądu Najwyższego, w której podniósł, że zgodnie z rozporządzeniem nie ma on kompetencji do wydania negatywnej decyzji merytorycznej w sprawie oceny zgodności praktyk danego przedsiębiorcy z art. 102 TFUE.

Sąd Najwyższy zwrócił się do TSUE z następującymi pytaniami prejudycjalnymi. Po pierwsze: „czy art. 5 rozporządzenia [...] należy interpretować w ten sposób, że krajowy organ ochrony konkurencji nie może wydać decyzji o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję w rozumieniu art. 82 TWE, jeżeli po przeprowadzeniu postępowania uznaje, że przedsiębiorstwo nie naruszyło zakazu nadużywania pozycji dominującej?” Po drugie: jeżeli odpowiedź na pierwsze pytanie jest pozytywna, to „czy w sytuacji gdy krajowe prawo ochrony konkurencji upoważnia krajowy organ ochrony

1 Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – wersja skonsolidowana (Dz.Urz. UE C 83 z 30.III.2010, s. 47–201; dalej: TFUE).

2 Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.Urz. UE L 1 z 4.I.2003, s. 1–25); dalej: rozporządzenie.

3 Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską – wersja skonsolidowana (Dz.Urz. UE C 321 z 29.XII.2006, s. 37–186; dalej: TWE).

4 Ustawa z dnia 15 grudnia 2002 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080, ze zm.)

konkurencji do zakończenia postępowania antymonopolowego – w przypadku stwierdzenia, że zachowanie przedsiębiorstwa nie narusza zakazu z art. 82 TWE – wyłącznie do wydania decyzji o niestwierdzeniu praktyki ograniczającej konkurencję, przepis art. 5 rozporządzenia [...] należy interpretować w ten sposób, że stanowi on bezpośrednią podstawę prawną do wydania przez ten organ decyzji o braku podstaw do działania z jego strony?”.

Stanowisko TSUE

Trybunał UE na wstępie podniósł, że zgodnie z art. 3 ust. 1 rozporządzenia, krajowe organy ochrony konkurencji, stosując krajowe prawo konkurencji w przedmiocie stanowiącego nadużycie zachowania przedsiębiorstwa zajmującego na rynku pozycję dominującą, które to zachowanie może wpływać na handel między państwami członkowskimi, muszą również stosować art. 102 TFUE.

Artykuł 5 rozporządzenia określa przysługujące organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnienia do stosowania art. 101 i 102 TFUE w indywidualnych sprawach. Zgodnie z tymi przepisami organy te, wydając decyzje merytoryczne, mogą, działając z urzędu lub na wniosek, wydać decyzje nakazujące zaprzestanie naruszenia, zarządzające środki tymczasowe, akceptujące zobowiązania czy też nakładające grzywny lub okresowe kary pieniężne, lub inne kary przewidziane w krajowych przepisach prawa. Jednocześnie, w sytuacji

gdy na podstawie posiadanych informacji krajowe organy ochrony konkurencji dojdą do wniosku, iż przesłanki ustanowienia zakazu nie zostały spełnione, mogą również zdecydować, że nie ma podstaw do działania z ich strony. W ocenie Trybunału – w takiej sytuacji przysługujące krajowemu organowi ochrony konkurencji uprawnienie ogranicza się do wydania decyzji o braku podstaw do działania.

Za przyjęciem takiego ograniczenia uprawnień przysługujących krajowym organom ochrony konkurencji zdaniem TSUE przemawia także przyznanie Komisji uprawnień do wydania decyzji w wypadkach, gdy nie dochodzi do naruszenia art. 101 i 102 TFUE. Zgodnie z art. 10 rozporządzenia to Komisja w drodze decyzji stwierdza, że art. 81 i 82 TWE nie mają zastosowania.

Ponadto TSUE stwierdził, że – w ramach ogólnej zasady lojalnej współpracy, a także w celu zapewnienia spójnego stosowania reguł konkurencji w państwach członkowskich – w rozporządzeniu ustanowiony został mechanizm współpracy pomiędzy Komisją a krajowymi organami ochrony konkurencji⁵. Tym samym wyposażenie krajowych organów ochrony konkurencji w uprawnienie do wydawania decyzji stwierdzających brak naruszenia art. 102 TFUE podważałoby system współpracy i godziłoby

w uprawnienia przysługujące Komisji. Taka „negatywna” decyzja merytoryczna mogłaby bowiem zagrozić osiągnięciu celu w postaci zapewnienia jednolitego stosowania art. 101 i 102 TFUE. Decyzja ta mogłaby zatem stać na przeszkodzie późniejszemu stwierdzeniu przez Komisję, że dana praktyka stanowi naruszenie analizowanych postanowień prawa Unii. Zarówno więc z brzmienia, jak i ze struktury rozporządzenia oraz z jego celu wynika, że stwierdzenie braku naruszenia art. 102 TFUE pozostaje w wyłącznej gestii Komisji.

Wobec powyższego TSUE uznał, że art. 5 rozporządzenia winno się interpretować w taki sposób, że wyklucza on możliwość wydania przez krajowy organ ochrony konkurencji decyzji stwierdzającej brak naruszenia art. 102 TFUE, w sytuacji gdy organ ten bada, czy spełnione zostały przesłanki zastosowania tego przepisu, a następnie uznaje, iż nie doszło do nadużycia pozycji dominującej.

Wyrok TSUE (druga izba) z 12 maja 2011 r. C-410/09 (w sprawie Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o. przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej) – brak publikacji wytycznych w języku państwa członkowskiego

Stan faktyczny

Orzeczenie zapadło w trybie pytania prejudycjalnego i doty-

⁵ Podobnie w wyroku TSUE z dnia 11 czerwca 2009 r. C-429/07 (w sprawie *Inspecteur van de Belastingdienst przeciwko X BV*), pkt 20 i 21.

czy interpretacji art. 58 Traktatu akcesyjnego z 2003 r.⁶ Wniosek został przedstawiony w ramach sporu pomiędzy Polską Telefonią Cyfrową sp. z o.o. (dalej: spółka) a Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE) w przedmiocie obowiązków regulacyjnych spółki.

Spółka jest jednym z głównych operatorów telekomunikacyjnych w Polsce. W drodze decyzji Prezes UKE ustalił, że zajmuje ona znaczącą pozycję na rynku świadczenia usług połączeń głosowych i nałożył na to przedsiębiorstwo pewne obowiązki regulacyjne. Złożone przez spółkę odwołanie od wskazanej decyzji Prezesa UKE zostało oddalone przez sąd pierwszej instancji i sąd odwoławczy. W skardze kasacyjnej wniesionej do Sądu Najwyższego spółka podniosła, że nie można powołać się wobec niej na wytyczne z 2002 r.⁷

6 Akt dotyczący warunków przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej oraz dostosowań w traktatach stanowiących podstawę Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE L 236 z 23 września 2003, s. 17–33).

7 Na podstawie art. 15 ust. 2 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.Urz. WE L 108 z 24.IV.2002, s. 349–366; dalej: dyrektywa 2002/21) Komisja przyjęła wytyczne w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej w ramach porządku regulacyjnego Wspólnoty dla sieci i usług łączności

na podstawie których wydana została kwestionowana decyzja, ponieważ wytyczne te nie zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w języku polskim.

Sąd Najwyższy powziął wątpliwości co do skutków braku publikacji i wystąpił do TSUE z pytaniem, czy art. 58 Traktatu akcesyjnego umożliwia powoływanie się wobec jednostek w państwie członkowskim na postanowienia wytycznych z 2002 r., które zgodnie z art. 16 ust. 1 dyrektywy 2002/21 krajowy organ regulacyjny powinien mieć przede wszystkim na uwadze, przeprowadzając analizę odnośnych rynków, w przypadku gdy wytyczne te nie zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w języku tego państwa, który jest językiem urzędowym Unii Europejskiej.

Stanowisko TSUE

Trybunał UE przypomniał, że zgodnie z podstawową zasadą porządku prawnego Unii akt normatywny pochodzący od władz publicznych nie może wywoływać skutków wobec jednostek, dopóki nie uzyskają one możliwości zapoznania się z jego treścią. Ponadto z art. 2 traktatu akcesyjnego wynika, że nowe państwa członkowskie są związane aktami przyjętymi przed dniem przystąpienia i że akty te są stosowane w państwach członkowskich od dnia przystąpienia. Jednakże możliwość powołania się na regulacje w nich zawarte wobec osób fizycznych

elektronicznej (Dz.Urz. WE C 165 z 11.7.2002, s. 6).

i prawnych w tych państwach jest podporządkowana ogólnym warunkom stosowania prawa Unii w państwach członkowskich, ustanowionym w pierwotnych traktatach, a w odniesieniu do nowych państw członkowskich – w Traktacie akcesyjnym.

W zakresie dotyczącym rozporządzeń Rady i Komisji oraz dyrektyw tych instytucji, które są skierowane do wszystkich państw członkowskich, z przepisu art. 254 ust. 2 TWE wynika, że akty te mogą wywoływać skutki prawne wyłącznie, jeśli zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W konsekwencji, wobec osób fizycznych i prawnych w państwie członkowskim nie można powołać się na wskazane wyżej akty, dopóki osoby te nie będą mogły zapoznać się z ich treścią, tj. poprzez prawidłową publikację w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zasady te obowiązują także wówczas, gdy uregulowanie Unii – w celu jego wykonania – zobowiązuje państwa członkowskie do podjęcia środków nakładających obowiązki na jednostki. W związku z tym środki krajowe, które w wykonaniu uregulowania Unii nakładają obowiązki na jednostki, powinny zostać opublikowane, aby jednostki te mogły się z nimi zapoznać. Obowiązkiem publikacji objęte jest przy tym nie tylko uregulowanie krajowe, lecz również akt prawa Unii, który zobowiązuje państwa członkowskie do podjęcia środków nakładających obowiązki na jednostki.

Ponadto, z art. 58 Traktatu akcesyjnego w związku z art. 4, 5 i 8

rozporządzenia Rady⁸ wynika, że w stosunku do państwa członkowskiego, którego język jest językiem urzędowym Unii, prawidłowa publikacja rozporządzenia Unii oznacza publikację tego aktu w tym języku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Trybunał UE podkreślił, że art. 58 traktatu akcesyjnego sprzeciwia się temu, aby obowiązki wynikające z aktów normatywnych Unii, które nie zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w języku nowego państwa członkowskiego, mimo iż język ten jest językiem urzędowym Unii, mogły zostać nałożone na jednostki w tym państwie, nawet jeśli miały one możliwość zapoznania się z tymi uregulowaniami przy użyciu innych środków. Wobec powyższego, w analizowanej sprawie kluczowe jest stwierdzenie, czy wytyczne z 2002 r. nakładają obowiązki na jednostki. Jeśli się okazało, że nie, wówczas – wobec braku ich publikacji w języku polskim w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej – nie można byłoby skutecznie powoływać się na ich postanowienia wobec jednostek w Polsce.

W ocenie TSUE wytyczne z 2002 r. zawierają wskazania dla krajowych organów regulacyjnych dotyczące definiowania i analizy rynków właściwych w celu określenia, czy powinny

one być poddane regulacji *ex ante*. Ustanawiają one zasady stosowania wspólnotowych ram regulacyjnych łączności elektronicznej – przez krajowe organy regulacyjne, w analizach rynków i skutecznej konkurencji. Jednocześnie ich celem jest udzielenie organom krajowym wskazówek co do wykonywania nowych obowiązków w zakresie definiowania rynków i oceny pozycji na tych rynkach⁹.

Z analizy treści wytycznych z 2002 r. dokonanej przez Trybunał wynika, że nie przewidują one żadnych obowiązków, które mogłyby zostać nałożone bezpośrednio lub pośrednio na jednostki. W związku z tym brak publikacji owych wytycznych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w języku polskim nie stoi na przeszkodzie temu, by krajowy organ regulacyjny mógł się na nie powoływać w decyzji skierowanej do jednostek.

Ponadto TSUE wskazał, że omawiane wytyczne zostały opublikowane w 2002 r. w serii C Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Tymczasem, w przeciwieństwie do serii L tego dziennika, w serii C nie są publikowane akty prawnie wiążące, lecz jedynie informacje, zalecenia i opinie dotyczące Unii.

Trybunał UE przypomniał także, że w swym orzecznictwie wykluczył już istnienie ogólnej zasady prawa Unii, wedle której wszystko co może mieć wpływ na interes obywatela Unii powinno

być redagowane we wszelkich okolicznościach w jego języku¹⁰.

Z powyższych względów TSUE orzekł, że artykuł 58 Traktatu akcesyjnego powinien być interpretowany w ten sposób, że nie sprzeciwia się temu, aby krajowy organ regulacyjny mógł powoływać się na wytyczne Komisji dotyczące analizy rynku i oceny znacznej pozycji rynkowej w zastosowaniu wspólnotowych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej w decyzji, na mocy której organ ten nakłada na operatora usług łączności elektronicznej określone obowiązki regulacyjne, pomimo że wytyczne te nie zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w języku państwa członkowskiego, którego dotyczy sprawa, nawet gdy język ten jest językiem urzędowym Unii.

Wyrok TSUE (piąta izba) z 28 lipca 2011 r. C-270/10 (w sprawie *L. Gistö przeciwko Finlandii*) – rezydencja podatkowa małżonka urzędnika Unii

Stan faktyczny

Orzeczenie zapadło w trybie pytania prejudycjalnego i dotyczy wykładni art. 14 Protokołu (nr 36)¹¹. Wniosek ten został złożony

8 Rozporządzenie Rady nr 1 z dnia 15 kwietnia 1958 r. w sprawie określenia systemu językowego Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (Dz.Urz. WE L 17 z 6 października 1958, s. 385), zmienne Traktatem akcesyjnym.

9 Wyrok TSUE z dnia 3 grudnia 2009 r. C-424/07 (w sprawie *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*), pkt 75 i 76.

10 Wyrok TSUE z dnia 9 września 2003 r. C-361/01 (w sprawie *Christina Kik przeciwko Office for Harmonisation in the Internal Market, Trade Marks and Designs*), pkt 82 i 83.

11 Protokół (nr 36) w sprawie przywilejów i immunitetów Wspólnot Europejskich z 1965 r., załączony do TWE; dalej: protokół.

żony w ramach postępowania wszczętego przez L. Gistö w celu ustalenia, czy w roku podatkowym 2007 podlegała ona nieograniczonemu czy też jedynie ograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w Finlandii w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych.

L. Gistö, obywatelka fińska, wiosną 2003 r., gdy jej mąż rozpoczął pracę tłumacza w Parlamencie Europejskim, zamieszkała ze swoją rodziną w Luksemburgu. Od tamtej pory Luksemburg jest miejscem zamieszkania małżonków Gistö. W 2007 r. L. Gistö była na urlopie wychowawczym, pozostając w stosunku pracy jako wychowawca przedszkolny w Turku (Finlandia) i nie wykonywała działalności zawodowej w Luksemburgu. Jednocześnie w Finlandii osiągała przychody z tytułu wynajmowania nieruchomości. W celu ustalenia, czy w roku podatkowym 2007 podlegała nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w zakresie podatku dochodowego w Finlandii, L. Gistö wystąpiła z wnioskiem do organu administracji podatkowej o wydanie wiążącej interpretacji w sprawie podatkowej. W interpretacji tej uznano, że pod warunkiem iż L. Gistö nie wykonywała działalności zawodowej w Luksemburgu, krajem jej rezydencji podatkowej, w rozumieniu art. 14 protokołu, w 2007 r. była Finlandia. W związku z powyższym L. Gistö podlegała w tym kraju nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w zakresie podatku dochodowego. L. Gistö wniosła odwołanie od

tej decyzji do najwyższego sądu administracyjnego. Sąd ten podniósł, że rozwiązanie sporu zgodnie z protokołem doprowadziłoby do niekorzystnego traktowania zainteresowanej w dziedzinie opodatkowania, z uwagi na jej osiedlenie się w Luksemburgu, ponieważ nadal podlegałaby nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w Finlandii, podczas gdy na podstawie przepisów krajowych mogłaby korzystać z ograniczonego obowiązku podatkowego w tym kraju od roku podatkowego 2007. W tych okolicznościach zwrócono się do TSUE z pytaniem: „czy w sprawie dotyczącej L. Gistö art. 14 protokołu [...] należy interpretować w ten sposób, że zgodnie z postanowieniami tego aktu miejscem zamieszkania zainteresowanej pozostawała dla celów podatkowych w 2007 r. Finlandia, czy też przepis ten należy rozumieć w ten sposób, że w rozpatrywanej sprawie to jednak przepisy prawa wewnętrznego państwa członkowskiego przesądzają o istnieniu nieograniczonego obowiązku podatkowego w danym państwie członkowskim – w tym przypadku w Finlandii?”.

Stanowisko TSUE

Trybunał Sprawiedliwości UE uznał, że sąd krajowy zasadniczo dąży do ustalenia, czy art. 14 protokołu należy interpretować w ten sposób, że współmałżonek osoby, który tylko z tego powodu, iż wstąpiła ona w służbę Unii Europejskiej, ustanawia swoje miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego innego

niż państwo członkowskie miejsca zamieszkania dla celów podatkowych, jakie posiadał w chwili wstąpienia owej osoby w służbę Unii, jest uznawany za zachowującego swoje miejsce zamieszkania dla celów podatkowych w tym ostatnim państwie członkowskim, jeśli sam nie wykonuje działalności zawodowej.

Trybunał podkreślił, że art. 13 i 14 protokołu ustanawiają podział kompetencji podatkowych między Unią a państwem członkowskim, w którym urzędnik lub inny pracownik miał miejsce zamieszkania dla celów podatkowych przed wstąpieniem w służbę Unii. Na mocy art. 13 protokołu urzędnicy i inni pracownicy Unii objęci są podatkiem na jej rzecz od dochodów, wynagrodzeń i dodatków wypłacanych przez Unię, będąc zwolnieni z podatków krajowych.

Natomiast zgodnie z art. 14 protokołu – przy stosowaniu między innymi podatku dochodowego – uznaje się, że urzędnicy i inni pracownicy Unii, z tytułu wykonywania swoich obowiązków na rzecz Unii osiedlają się dla celów podatkowych na terytorium państwa członkowskiego innego niż kraj ich miejsca zamieszkania w momencie dołączenia do służb Unii. Przy czym zarówno w kraju ich faktycznego zamieszkania, jak i kraju zamieszkania dla celów podatkowych uważani są za mających miejsce zamieszkania w tym ostatnim, pod warunkiem że kraj ten należy do Unii.

Wynika z tego, że na podstawie art. 14 protokołu państwo członkowskie pochodzenia, w którym jest zachowane miejsce zamiesz-

kania dla celów podatkowych urzędnika lub innego pracownika Unii, co do zasady pozostaje właściwe do opodatkowania wszystkich dochodów innych niż dochody, wynagrodzenia i dodatki wypłacane przez Unię tym osobom i opodatkowania ich podatkiem dochodowym, nawet jeśli nie mają one tam faktycznego miejsca zamieszkania¹². Jednocześnie pojęcie podatku dochodowego w rozumieniu art. 14 protokołu powinno być określone według kryteriów mającego zastosowanie prawa krajowego.

Z orzecznictwa TSUE wynika, że podział kompetencji ustanowio-

ny przez art. 14 protokołu zostałby podważony, gdyby urzędnik lub inny pracownik miał swobodny wybór określenia miejsca zamieszkania dla celów podatkowych. Co więcej, zgodnie z art. 14 – postanowienia protokołu w dziedzinie podatków stosuje się także do współmałżonka urzędnika lub innego pracownika Unii, w przypadku gdy nie wykonuje on sam działalności zawodowej. Dlatego też ustalenie miejsca zamieszkania tego współmałżonka dla celów podatkowych nie może zależeć od woli zainteresowanego.

Wobec powyższego, w analizowanej sprawie państwo członkowskie, w którym znajdowało się miejsce zamieszkania zainteresowanej przed dołączeniem współmałżonka do służb Unii, pozostaje właściwe do opodatkowania wszystkich dochodów zainteresowanej in-

nych niż dochody, wynagrodzenia i dodatki wypłacane przez Unię, w przypadku gdy ona sama nie wykonuje działalności zawodowej.

Z powyższych względów TSUE uznał, że artykuł 14 akapit pierwszy protokołu w sprawie przywilejów i immunitetów WE należy interpretować w ten sposób, że małżonek osoby, który tylko z tego powodu iż wstąpiła ona w służbę Unii ustanawia swoje miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego innego niż państwo członkowskie miejsca zamieszkania dla celów podatkowych, jakie posiadał w chwili wstąpienia owej osoby w służbę Unii, jest uznawany za zachowującego swoje miejsce zamieszkania dla celów podatkowych w tym ostatnim państwie członkowskim, jeśli sam nie wykonuje działalności zawodowej.

¹² Podobnie w wyroku TSUE z dnia 13 listopada 2003 r. C-209/01 (w sprawie *Theodor Schilling i Angelika Fleck-Schilling przeciwko Finanzamt Nürnberg-Süd*), pkt 31.

Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

Wyrok ETPC (piąta sekcja) z dnia 5 maja 2011 r. w sprawie *Redakcja Pravoye Delo i Shtekel przeciwko Ukrainie*, skarga nr 33014/05 – wolność wyrażania opinii

Stan faktyczny

W 2003 r. redakcja gazety „Pravoe Delo” opublikowała anonimowy list pracownika Służby Bezpieczeństwa Ukrainy, który jeden z dziennikarzy pobrał z internetowej strony wiadomości. List zawierał zarzuty, że wyżsi urzędnicy Departamentu Regionalnego Służby Bezpieczeństwa w Odessie są zaangażowani w nielegalną i korupcyjną działalność oraz mają kontakty ze zorganizowanymi grupami przestępczymi. Podstawowym celem publikacji było promowanie debaty i dyskusji na tematy polityczne w niej podniesione. Jednak jedna z osób publicznych wystąpiła do sądu z roszczeniem z tytułu zniesławienia, domagając się wycofania nieprawdziwych informacji (opublikowania sprostowania), przeprosin i rekompensaty pieniężnej.

W 2004 r. sąd wydał orzeczenie niekorzystne dla redakcji i redaktora naczelnego gazety, stwierdzając, że treść publikacji była zniesławiająca, a publikujący nie udowodnili jej zgodności z prawdą. Sąd nie znalazł podstaw do uwolnienia redakcji i redaktora naczelnego „Pravoe Delo” od odpowiedzialności cywilnej, ponieważ zgodnie z przepisami prawa prasowego strona internetowa, do której odwołali się publikujący, nie jest medium drukowanym podlegającym rejestracji.

Stanowisko ETPC – rozstrzygnięcie

Rozważając, czy nastąpiła ingerencja w prawo do wolności wyrażania opinii, Trybunał uznał, że orzeczenia sądów ukraińskich nakazujące publikację sprostowania, przeprosiny i rekompensatę za szkodę niematerialną spowodowaną publikacją, stanowiły ingerencję w prawo skarżących do wolności wypowiedzi. W ramach funkcji kontrolnych Trybunał zbadał, czy powody ingerencji w to prawo, podane przez władze krajowe, były właściwe i wystarczające.

W rozważaniach, czy ingerencja była przewidziana przez prawo, Trybunał zaznaczył, że najważniejszym wymogiem art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności jest, by jakkolwiek ingerencja władzy publicznej w korzystanie z wolności wyrażania opinii była zgodna z prawem; ograniczenia tej wolności muszą być przewidziane przez prawo. Natomiast prawo musi odpowiadać wymaganiom co do „jakości”. Norma nie może być traktowana jako „prawo”, jeśli nie jest sformułowana tak precyzyjnie, by umożliwić obywatelowi kierowanie jego zachowaniem (musi on być w stanie przewidzieć, w określonych okolicznościach, konsekwencje danego działania).

Zdaniem ETPC problem zgodności z prawem ingerencji w wolność wyrażania opinii dotyczy zasadniczo dwóch kwestii, tj. braku przejrzystości i przewidywalności przepisów prawnych w zakresie szczególnej ochrony dziennikarzy oraz braku podstaw prawnych dla obowiązku przeprosin w sprawach o zniesławienie.

Trybunał zwrócił uwagę, że w przypadku zniesławienia prawo ukraińskie przyznaje poszkodowanemu uprawnienie do żądania wycofania nieprawdziwych i zniesławiających wypowiedzi oraz odszkodowania, ale nie przewiduje obowiązku publikacji oficjalnych przeprosin (środek ten zastosowano wobec redaktora naczelnego gazety). Praktyka nakładania przez sądy ukraińskie obowiązku przeprosin w sprawach o zniesławienie może być sprzeczna z konstytucyjną gwarancją wolności wypowiedzi. Na tej podstawie Trybunał stwierdził, że w zakresie, w jakim nakazano redaktorowi przeprosiny, nieprzewidziane przez prawo, doszło do naruszenia art. 10 konwencji.

Trybunał odniósł się także do szczególnej ochrony dziennikarzy w prawie ukraińskim, które gwarantuje dziennikarzom zwolnienie od odpowiedzialności cywilnej w przypadku dosłownych reprodukcji materiałów publikowanych w prasie. Pozostaje to w zgodzie z dotychczasowym stanowiskiem ETPC w zakresie wolności dziennikarzy do rozpowszechniania wypowiedzi innych. Prawo ukraińskie nie reguluje jednak sytuacji dziennikarzy odtwarzających materiał ze źródeł internetowych, statusu Internetu ani sposobu wykorzystania informacji z niego uzyskanych. Trybunał wskazał na odrębność Internetu w stosunku do mediów drukowanych, w szczególności w zakresie przechowywania i przesyłania informacji. Zwrócił też uwagę, że ryzyko

szkody wynikającej z treści zawartych w Internecie, w ramach korzystania z wolności i praw człowieka, zwłaszcza prawa do poszanowania życia prywatnego, jest wyższe niż w przypadku prasy. W związku z tym zasady dotyczące reprodukcji materiału z mediów drukowanych i Internetu mogą się różnić, a te ostatnie muszą być dostosowane do wymogów technologii w celu zapewnienia ochrony wolności i praw zainteresowanych. Mając jednak na uwadze rolę, jaką odgrywa Internet w kontekście działalności zawodowej mediów, i jego znaczenie dla korzystania z prawa do swobody wypowiedzi, ETPC uznał, że brak na poziomie krajowym dostatecznych podstaw prawnych pozwalających dziennikarzom na korzystanie z informacji uzyskanych z Internetu bez obaw poniesienia sankcji, poważnie utrudnia wykonywanie istotnej funkcji prasy jako *public watchdog*. W opinii Trybunału całkowite wyłączenie tych informacji z zakresu stosowania gwarancji prawnych wolności dziennikarzy może być przyczyną nieuzasadnionej ingerencji w wolność prasy.

Reasumując, ze względu na brak w prawie krajowym odpowiednich zabezpieczeń dla dziennikarzy korzystających z informacji uzyskanych z Internetu, skarżący nie mogli przewidzieć w odpowiednim stopniu skutków publikacji. W tym zakresie nie został spełniony wymóg zgodności z prawem wynikający z art. 10 ust. 2 konwencji.

Opracowała Anna Chmielarz

Wyrok ETPC (czwarta sekcja) z dnia 26 maja 2011 r. w sprawie *R.R. przeciwko Polsce*, skarga nr 27617/04 – zakaz niehumanitarnego i poniżającego traktowania; prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego

Stan faktyczny

W 2002 r. skarżąca urodziła dziecko obciążone wadą genetyczną, tzw. zespołem Turnera. Nieprawidłowości płodu wykryto w trakcie ciąży w badaniach ultrasonograficznych. Lekarze publicznej służby zdrowia wielokrotnie odmawiali wydania skarżącej skierowania na badania prenatalne w celu zdiagnozowania wady genetycznej płodu. Przeprowadzone po długotrwałych staraniach badania prenatalne potwierdziły wadę genetyczną płodu, ale szpital, w którym skarżąca złożyła wniosek o aborcję zgodnie z ustawą z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78, ze zm. – dalej: ustawa o planowaniu rodziny), odmówił wykonania zabiegu ze względu na przekroczenie terminu dopuszczalności przerwania ciąży. Skarżąca zarzuciła w skardze naruszenie art. 3 i art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: konwencja lub EKPC), powołując się przede wszystkim na brak zapewnienia jej dostępu do badań genetycznych oraz brak kompleksowych podstaw prawnych służących gwarancji jej praw.

Stanowisko ETPC – zasady ogólne (art. 3 EKPC)

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETPC złe traktowanie, objęte zakazem z art. 3 konwencji, musi osiągnąć minimalny poziom surowości. Ocena tego minimalnego poziomu surowości jest względna; zależy od okoliczności sprawy, takich jak czas działania, jego skutki fizyczne i psychiczne, w niektórych zaś przypadkach od płci, wieku i stanu zdrowia pokrzywdzonego. Trybunał uznaje za „niehumanitarne” działanie trwające wiele godzin i powodujące albo faktyczne uszkodzenie ciała, albo intensywne cierpienia fizyczne i psychiczne; za „poniżające” uznaje traktowanie wzbudzające w ofiarach poczucie strachu, udręczenia, poniżenia i upokorzenia. Nie można wykluczyć, że działania i zaniechania władz publicznych w zakresie polityki zdrowotnej mogą w pewnych okolicznościach prowadzić do odpowiedzialności na mocy art. 3 z powodu niedostarczenia odpowiedniej opieki medycznej.

Stanowisko ETPC – rozstrzygnięcie (art. 3 EKPC)

Trybunał stwierdził naruszenie art. 3 konwencji, wskazując na poniżające traktowanie skarżącej przez lekarzy, przejawiające się w utrudnionym dostępie do usług diagnostycznych, do których była uprawniona jako podmiot prawa krajowego. Uniemożliwienie uzyskania informacji o stanie płodu jest niehumanitarne i poniżającym traktowaniem. Determinacja skarżącej w dążeniu do uzyskania dostępu do badań

genetycznych została zniszczona przez opieszałość służby zdrowia oraz brak odpowiedniego systemu udzielania porad i informacji. Trybunał zwrócił uwagę na brak jednoznacznych przepisów prawnych określających pozytywne obowiązki państwa w stosunku do kobiet ciężarnych w zakresie dostępu do informacji na temat ich zdrowia i zdrowia ich płodu.

Stanowisko ETPC – zasady ogólne (art. 8 EKPC)

Zasadniczym celem art. 8 konwencji jest ochrona jednostki przed arbitralną ingerencją władz publicznych w prawo do poszanowania jej życia prywatnego i rodzinnego; jakkolwiek ingerencja musi być „zgodna z prawem” i „konieczna w społeczeństwie demokratycznym” ze względu na cele wymienione w tym artykule.

„Życie prywatne” jest pojęciem szerokim, obejmuje m.in. prawo do autonomii i rozwoju osobistego. Obowiązkiem państwa jest zapewnienie obywatelom prawa do skutecznej ochrony życia prywatnego, integralności fizycznej i psychicznej, a także środków ochrony. Do sfery życia prywatnego i autonomii należy decyzja ciężarnej kobiety o kontynuacji bądź przerwaniu ciąży. Państwu przysługuje pewien margines uznania co do okoliczności, w których dopuszcza aborcję, a przepisy prawne przyjęte w tym celu powinny być spójne i umożliwiać realizację różnych interesów. Zdaniem ETPC zakaz rozwiązywania ciąży ze względów zdrowotnych jest równoznaczny z ingerencją w prawo do poszanowania życia prywatnego.

Przepisy o aborcji, odnoszące się do tradycyjnego równoważenia prywatności i interesu publicznego, muszą być oceniane w świetle pozytywnych obowiązków państwa zapewnienia przyszłym matkom fizycznej integralności. W tym kontekście można domagać się przyjęcia przepisów ułatwiających dostęp do informacji na temat zdrowia. Odpowiednia procedura powinna gwarantować kobietom w ciąży co najmniej możliwość wypowiedzenia się na temat kontynuacji ciąży i uwzględnienia ich poglądów.

Stanowisko ETPC – rozstrzygnięcie (art. 8 EKPC)

Trybunał stwierdził naruszenie wynikającego z art. 8 konwencji prawa skarżącej do poszanowania jej życia rodzinnego i prywatnego poprzez uniemożliwienie jej uzyskania rzetelnej wiedzy na temat stanu płodu oraz podjęcia w odpowiednim czasie decyzji o kontynuacji ciąży bądź aborcji. Przede wszystkim państwo nie wywiązało się ze swoich obowiązków zapewnienia skutecznej ochrony życia prywatnego, tj. nie zagwarantowało skarżącej realizacji prawa do informacji ani skutecznego mechanizmu umożliwiającego wyegzekwowanie tego prawa.

Prawo dostępu do informacji o stanie zdrowia, mieszczące się w sferze życia prywatnego, obejmuje prawo do uzyskania informacji na temat stanu i zdrowia płodu jako elementu zdrowia ciężarnej kobiety. Dostęp do procedur medycznych umożliwiających nabycie pełnej i rzetelnej informacji o zdrowiu płodu jest w Polsce

warunkiem koniecznym skorzystania z aborcji zgodnie z art. 4a ustawy o planowaniu rodziny. Skuteczny dostęp do informacji na temat zdrowia matki i płodu, gdy ustawodawstwo zezwala na aborcję, jest bezpośrednio związany z osobistą autonomią w zakresie decydowania o dalszym leczeniu.

Odwołując się do sprawy *Tysiąc przeciwko Polsce* (skarga nr 5410/03), ETPC przypomniał, że jeśli państwo, w granicach swobodnego uznania, przyjmuje regulacje prawne dopuszczające aborcję w pewnych sytuacjach (np. wady rozwojowe płodu), to musi stworzyć prawne i proceduralne gwarancje dostępu do zgodnej z prawem aborcji, przede wszystkim do pełnych i rzetelnych informacji na temat zdrowia płodu. Zdaniem Trybunału w rozstrzyganej sprawie nie wykazano, by prawo polskie zawierało skuteczne mechanizmy pozwalające na dostęp do usług diagnostycznych i podjęcie, na podstawie ich wyników, świadomej decyzji o aborcji.

Jak zauważył Trybunał, w kwestii decyzji o przerwaniu ciąży kluczowe znaczenie ma czynnik czasu. Procedury krajowe powinny zapewnić, by takie decyzje mogły zostać podjęte w odpowiednim czasie. Jednocześnie zauważył, że badania prenatalne służą różnym celom i nie powinny być utożsamiane z zachęcaniem kobiet ciężarnych do ubiegania się o aborcję. Po pierwsze, mogą one rozwiązać podejrzenia, że płód jest dotknięty wadą rozwojową; po drugie, kobieta może zdecydować się na donoszenie ciąży i urodzenie dziecka; po trzecie diagnosty-

ka prenatalna choroby pozwala rozpocząć leczenie prenatalne; po czwarte, nawet w przypadku negatywnej diagnozy diagnostyka prenatalna daje kobiecie i jej rodzinie czas na przygotowanie się do urodzenia dziecka dotkniętego wadą. Polska ustawa przewiduje możliwość przerywania ciąży w przypadkach niektórych wad rozwojowych. Nie ulega wątpliwości, że niektóre z tych wad mogą być wykryte jedynie w drodze prenatalnych badań genetycznych.

Odnosnie do prawa lekarzy do odmowy niektórych usług ze względu na sumienie, ETPC nadmieniał, że państwa są zobowiązane do organizowania systemu opieki zdrowotnej w taki sposób, by skuteczne korzystanie z wolności sumienia przez pracowników służby zdrowia w kontekście zawodowym nie wykluczało dostępu pacjentów do usług, które im przysługują zgodnie z prawem.

Trybunał dodał, że przepisy prawa cywilnego stosowane przez polskie sądy nie dostarczyły skarżącej instrumentu proceduralnego, który pozwoliłby jej bronić prawa do poszanowania życia prywatnego. Środki prawa cywilnego mają wyłącznie charakter wsteczny i wyrównawczy. Zdaniem Trybunału takie retrospektywne środki nie były wystarczające do zapewnienia właściwej ochrony dóbr osobistych kobiety ciężarnej w kontekście kontrowersji dotyczących dostępu do zgodnej z prawem aborcji.

W konsekwencji ETPC stwierdził, że ani konsultacja medyczna, ani proces sądowy nie stanowią skutecznych i dostępnych proce-

dur ustalania prawa do zgodnej z prawem aborcji w Polsce. Niepewność wywołana brakiem skuteczności i dostępności procedur ustalania prawa do aborcji na podstawie art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny spowodowała dysonans między teoretycznym prawem do zgodnej z prawem aborcji a praktyką jego urzeczywistniania. Trybunał uznał, że skuteczna realizacja przepisów ustawy wymagałaby zapewnienia ciężarnym kobietom dostępu do usług diagnostycznych, które umożliwiają ustalenie wad płodu lub rozwianie takiego podejrzenia. Jednocześnie nie może ona prowadzić do zbyt dużego obciążenia państwa, ponieważ sprowadza się do wykonania prawa do aborcji przyznanego w tej ustawie w pewnych ściśle określonych okolicznościach, w tym w niektórych przypadkach wad rozwojowych płodu.

Opracowała Anna Chmielarz

Wyrok ETPC (pierwsza sekcja) z dnia 21 czerwca 2011 r. w sprawie *Shimovolos przeciwko Rosji*, skarga nr 30194/04 – naruszenie wolności osobistej i życia prywatnego

Stan faktyczny

W dniu 23 marca 2007 r. nazwisko skarżącego, przewodniczącego Unii Praw Człowieka w Nowogrodzie Niżnym, zostało zarejestrowane w bazie danych służb wywiadowczych, w rozdziale „obrońcy praw człowieka”. W dniach 17–18 maja 2007 r. w Samarze odbywał się szczyt UE–Rosja. W dniu 10

maja 2007 r. Wewnętrzny Departament Transportu Rosji wysłał telex do lokalnych oddziałów policji, informując, że w związku ze szczytem kilka organizacji opozycyjnych planuje wiece i że w celu zapobiegania bezprawnym działaniom ekstremistycznym, zgodnie z ustawą o zwalczaniu ekstremizmu, niezbędne jest wykrycie i zatrzymanie wszystkich członków tych organizacji podróżujących do Samary. W innym telexie wskazano, że skarżący jest jednym z podróżujących do Samary, ma zamiar wziąć udział w wiecu opozycji i może posiadać literaturę ekstremistyczną. W trakcie podróży został on trzykrotnie poddany kontroli przez policję. Po opuszczeniu pociągu w Samarze został zatrzymany i przewieziony do komisariatu. Policja zagroziła użyciem siły, w razie gdyby wnioskodawca odmówił poddania się czynnościom policyjnym; sporządziła ponadto dokument zatytułowany „raport w stosunku do osoby, która popełniła wykroczenie administracyjne”. Zatrzymanie miało charakter prewencyjny (zapobieżenie przestępstwu). Zatrzymany zaprzeczył, że jest zaangażowany w działalność ekstremistyczną. Wyjaśnił także, że nie był w posiadaniu jakichkolwiek materiałów ekstremistycznych; nie miał ze sobą żadnego bagażu. Został zwolniony po 45 minutach od zatrzymania.

W następstwie aresztowania i działań policji zatrzymany złożył skargi do prokuratury. Nie zostały one jednak uwzględnione. Także sądy nie uznały zasadności środków zaskarżenia wnioskodawcy.

W skardze do ETPC skarżący podniósł, że w dniu 14 maja 2007 r. został „pozbawiony wolności” w rozumieniu art. 5 konwencji. Zarzucił, że policja groziła użyciem siły przeciwko niemu i że nie wolno mu było opuścić posterunku bez wyraźnej zgody policji. Jego zatrzymanie było arbitralne i niezgodne z prawem, bo nie był podejrzanym o przestępstwo. Ponadto, z uwagi na niejasne podstawy prawne jego aresztowania, został pozbawiony wszelkich gwarancji procesowych.

Stanowisko ETPC – rozstrzygnięcie dotyczące wolności osobistej

Trybunał w pierwszej kolejności rozstrzygnął, czy zatrzymanie trwające 45 minut można uznać za pozbawienie wolności w rozumieniu art. 5 EKPC. W celu dokonania stosownych ustaleń niezbędne było – zdaniem ETPC – przeanalizowanie konkretnej sytuacji danej osoby i uwzględnienie szeregu czynników towarzyszących zatrzymaniu, takich jak typ, czas trwania, skutki i sposób wykorzystania danego środka. Rozróżnienie między pozbawieniem a ograniczeniem wolności wyraża się w stopniu intensywności ingerencji w wolność osobistą. Chociaż klasyfikacja do jednej lub drugiej z tych kategorii czasami okazuje się niełatwym zadaniem, a niektóre przypadki graniczne są sprawą wyłącznie subiektywnej oceny, Trybunał nie może unikać wskazywania tych różnic, gdyż od nich zależy możliwość stosowania art. 5 konwencji. Jak podniósł ETPC, w przeszłości dochodziło już do

zakwalifikowania zatrzymania nieprzekraczającego 30 minut do kategorii pozbawienia wolności.

Oceniając okoliczności rozpoznawanej sprawy, Trybunał przypomniał, że skarżący został przewieziony na posterunek policji pod groźbą użycia siły i nie wolno mu było go opuścić bez zezwolenia policji. Trybunał uznał, że istniał element przymusu, który mimo krótkiego czasu zatrzymania wskazuje na pozbawienie wolności w rozumieniu art. 5 § 1 konwencji.

W dalszej części wyroku ETPC ocenił, czy pozbawienie wolności odpowiadało wymogom wskazanym w art. 5. W tym kontekście przypomniano, że lista wyjątków od prawa do wolności jednostki zawarta w EKPC jest wyczerpująca i podlega ścisłej interpretacji. Wykładnia zawężająca jest zgodna z celem tego przepisu, tj. z zapewnieniem, że nikt nie zostanie arbitralnie pozbawiony wolności.

Trybunał odniósł się do treści art. 5 § 1 konwencji i uznał, że zatrzymanie nie było uzasadnione okolicznościami wskazanymi pod lit. a, d, e oraz f¹; nie było też uzasadnione koniecznością zgodnego

¹ Zgodnie z art. 5 ust. 1 konwencji każdy ma prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Nikt nie może być pozbawiony wolności, z wyjątkiem następujących przypadków i w trybie ustalonym przez prawo:

- a) zgodnego z prawem pozbawienia wolności w wyniku skazania przez właściwy sąd;
- b) zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania w przypadku niepodporządkowania się wydanemu zgodnie z prawem orzeczeniu sądu lub w celu

z prawem zatrzymania lub aresztowania (lit. b), ponieważ nie było dowodów, że wnioskodawca nie wykonał jakiegokolwiek prawomocnego orzeczenia sądu lub nie wypełnił zobowiązań określonych przez prawo.

Ponadto ETPC zwrócił uwagę, że skarżący nie był również podejrzanym o popełnienie przestępstwa. Środki policyjne, takie jak kontrola tożsamości, zadawanie pytań i konwojowanie na posterunek policji, zostały podjęte w stosunku do skarżącego podczas jego podróży do Samary, ponieważ jego dane osobowe zostały zarejestrowane w bazie

zapewnienia wykonania określonego w ustawie obowiązku;

- c) zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania w celu postawienia przed właściwym organem, jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zagrożonego karą, lub, jeśli jest to konieczne, w celu zapobieżenia popełnieniu takiego czynu lub uniemożliwienia ucieczki po jego dokonaniu;
- d) pozbawienia nieletniego wolności na podstawie zgodnego z prawem orzeczenia w celu ustanowienia nadzoru wychowawczego lub zgodnego z prawem pozbawienia nieletniego wolności w celu postawienia go przed właściwym organem;
- e) zgodnego z prawem pozbawienia wolności osoby w celu zapobieżenia szerzeniu przez nią choroby zakaźnej, osoby umyślowo chorej, alkoholika, narkomana lub włóczęgi;
- f) zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania osoby, w celu zapobieżenia jej nielegalnemu wkroczeniu na terytorium państwa, lub osoby, przeciwko której toczy się postępowanie o wydalenie lub ekstradycję.

danych służb wywiadowczych. Trybunał przypomniał w związku z tym, że art. 5 § 1 lit. c konwencji nie pozwala na prowadzenie polityki ogólnej prewencji wobec jakichkolwiek osób lub kategorii osób, które są postrzegane przez władzę, słusznie lub niesłusznie, jako niebezpieczne lub posiadające skłonności do bezprawnego działania. Zdaniem ETPC ani władze krajowe, ani rząd nie wskazały konkretnych przestępstw, których popełnieniu zapobiec miało pozbawienie wolności skarżącego. Rząd niejasno odniósł się do kategorii przestępstwa o charakterze ekstremistycznym, nie było ono wystarczająco precyzyjne, aby spełniać wymogi art. 5 § 1 lit. c konwencji. Jedyнным konkretnym podejrzeniem wobec skarżącego, o którym mowa w teleksach, było podejrzenie, że może posiadać literaturę ekstremistyczną. Rząd nie przedstawił żadnych faktów ani informacji, które mogłyby uprawdopodobnić to podejrzenie. Trybunał zauważył, że podejrzenia kierowane wobec skarżącego oparte były wyłącznie na fakcie jego członkostwa w organizacji praw człowieka. Podejrzenie posiadania ekstremistycznej literatury nie znalazło potwierdzenia, ponieważ skarżący nie posiadał żadnego bagażu. Jego aresztowanie było więc samowolne.

Stanowisko ETPC – rozstrzygnięcie dotyczące ochrony życia prywatnego

Trybunał przypomniał, że życie prywatne to pojęcie szerokie, nieposiadające wyczerpującej definicji. Artykuł 8 konwencji nie

ogranicza się do ochrony „wewnętrznego kręgu”, życia osobistego i swobody wykluczenia z niego nieobjętego tym kręgiem świata zewnętrznego. Chroni także prawo do nawiązywania i rozwijania relacji z innymi ludźmi i ze światem zewnętrznym. Życie prywatne może obejmować działania o charakterze zawodowym lub gospodarczym. Zdaniem ETPC także sfera relacji z innymi osobami może wchodzić w zakres „życia prywatnego”.

Trybunał przypomniał wcześniejsze orzecznictwo, zgodnie z którym systematyczne gromadzenie i przechowywanie danych poszczególnych osób przez służby bezpieczeństwa stanowi ingerencję w życie prywatne, także wtedy, gdy dane te zostały zebrane w miejscu publicznym. Gromadzenie danych poprzez urządzenie GPS podłączone do osoby lub jej samochodu oraz przechowywanie danych dotyczących pobytu tej osoby i jej przemieszczania się w sferze publicznej zostało także uznane za ingerencję w życie prywatne.

W rozpatrywanej sprawie dane skarżącego zostały umieszczone w bazie danych służb wywiadowczych. Trybunał stwierdził, że gromadzenie i przechowywanie tych danych stanowiło ingerencję w życie prywatne chronione na mocy art. 8 § 1 konwencji.

Oceniając, czy ingerencja ta została przeprowadzona w sposób zgodny z prawem w rozumieniu art. 8 § 2 konwencji, ETPC przypomniał, że stosowany środek powinien posiadać podstawę w prawie krajowym, dostępnym dla zainte-

resowanego, który ponadto musi mieć możliwość przewidzenia konsekwencji regulacji. Oczywiście osoba fizyczna nie powinna być w stanie przewidzieć, kiedy władze będą korzystać ze środków nadzoru, jednak, zwłaszcza tam, gdzie władza wykonawcza wykonywana jest w tajemnicy, ryzyko arbitralności postępowania jest oczywiste. Dlatego tak ważne jest, by istniały jasne i szczegółowe przepisy dotyczące stosowania środków tajnego nadzoru, zwłaszcza że technologia dostępna do ich stosowania staje się coraz bardziej wyrafinowana. Prawo musi więc być dostatecznie jasne w zakresie określenia warunków, w których organy są uprawnione do stosowania środków tajnego nadzoru i zbierania danych. Ponadto, ze względu na brak kontroli publicznej i ryzyko nadużyć wewnętrznych, niezbędne jest ustawowe określenie charakteru, zakresu i czasu stosowania środków, podstaw wymaganych do ich stosowania oraz określenie organów właściwych do wydania zezwolenia, prowadzenia i nadzorowania procesu wykorzystywania środków zapobiegawczych.

Trybunał stwierdził, że tworzenie i utrzymanie bazy danych oraz procedury jej działania były regulowane przez ministrów. Postanowienia w tym przedmiocie nie były publikowane i nie były dostępne dla publiczności. Podstawa rejestracji danych w bazie danych, organy właściwe do celu takiej rejestracji, czas stosowania środka, dokładny charakter gromadzonych danych, procedury przechowywania i wykorzystania danych,

i istniejących mechanizmów kontroli i zabezpieczenia przed nadużyciem nie podlegają publicznej kontroli. Dlatego należało uznać, że prawo krajowe nie wskazuje wystarczająco jasno zakresu i sposobu korzystania ze swobody przyznanej władzom krajowym w przedmiocie gromadzenia i przechowywania informacji w bazie danych. W szczególności, niezgodnie z orzecznictwem Trybunału, prawo nie zapewnia minimalnego zabezpieczenia przed nadużyciami w tym przedmiocie. Ingerencja w prawa skarżącego nie była więc zgodna z prawem.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wyrok ETPC (czwarta sekcja) z dnia 21 czerwca 2011 r. w sprawie *Anatolii Ponomaryov i Vitalii Ponomaryov przeciwko Bułgarii*, skarga nr 5335/05 – naruszenie prawa do nauki

Stan faktyczny

W 1993 r. matka skarżących wyszła za mąż za obywatela Bułgarii i w 1994 r. zamieszkała z synami w Bułgarii. Kobieta uzyskała zgodę na pobyt stały w związku z zawarciem związku małżeńskiego, jej synowie korzystali z prawa pobytu ze względu na pobyt matki. W 2006 r. władze imigracyjne poinformowały skarżących, o udzieleniu im zezwolenia na pobyt stały. W 2005 r. dyrektor szkoły zażądał od jednego z nich uiszczenia czesnego w wysokości 800 euro – z zastrzeżeniem, że w przeciwnym razie nie będzie mógł

uczęszczać do szkoły oraz nie zostanie mu wystawione świadectwo ukończenia roku szkolnego. Rozstrzygnięcie dyrektora szkoły zostało podtrzymane przez sądy obu instancji. Skarżący do ETPC zakwestionował jednocześnie akt prawny Ministra Edukacji Bułgarii, nakazujący pobieranie opłat wnoszonych przez cudzoziemców korzystających z bułgarskich placówek oświatowych jako dyskryminujący. Sądy w Bułgarii nie podzieliły argumentacji skarżącego. Analogiczne działania organów państwa podjęte zostały względem drugiego wnioskodawcy.

W skardze do ETPC skarżący zarzucili, że byli dyskryminowani, ponieważ w przeciwieństwie do obywateli bułgarskich i cudzoziemców mających zezwolenie na pobyt stały, zobowiązani byli do uiszczenia opłaty za kontynuowanie nauki w szkole średniej.

Stanowisko ETPC – naruszenie prawa do nauki (art. 2 protokołu nr 1²) – rozstrzygnięcie

Zdaniem Trybunału nie ma wątpliwości, że edukacja w szkole średniej jest objęta ochroną z art. 2 protokołu nr 1 do EKPC. Trybunał wskazał także, że chociaż przepis ten nie może być interpretowany jako nakładający na państwa obowiązki dofinansowania placówek oświatowych, to jednak każde państwo jest zobowią-

² Protokół nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzony w Paryżu dnia 20 marca 1952 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175; dalej: protokół nr 1 do EKPC).

zane do zapewnienia skutecznego do nich dostępu.

Następnie Trybunał ocenił, czy doszło do odmiennego traktowania skarżących w porównaniu z innymi osobami znajdującymi się w analogicznej sytuacji. Zdaniem ETPC wnioskodawcy w przeciwieństwie do innych zostali zobowiązani do zapłaty czesnego. Było to spowodowane wyłącznie ich obywatelstwem i statusem imigracyjnym, ponieważ zgodnie z bułgarską ustawą o edukacji narodowej prawo do bezpłatnej nauki w szkołach podstawowych i średnich mają tylko obywatele bułgarscy i niektóre kategorie cudzoziemców. Skarżący, ze względu na cechy osobiste, byli wyraźnie traktowani mniej korzystnie niż inni znajdujący się w podobnej sytuacji.

W dalszej kolejności Trybunał zbadał, czy odmierne traktowanie miało charakter obiektywny i było uzasadnione. W tym miejscu przypomniano, że dyskryminacja oznacza nierówne traktowanie w inny sposób, bez obiektywnego i rozsądnego usprawiedliwienia, osób w sytuacjach odpowiednio podobnych. Do dyskryminacji dochodzi, gdy zróżnicowanie nie realizuje uzasadnionego celu lub gdy środki stosowane do osiągnięcia tego celu nie pozostają w rozsądnym stosunku proporcjonalności.

Państwa mają pewien margines swobody w ocenie, czy i w jakim stopniu różnice w sytuacjach podobnych uzasadniają odmierne traktowanie. Zakres tej swobody różni się jednak w zależności od okoliczności, przedmiotu i kon-

tekstu. Margines ten jest szerszy w przypadku środków ogólnych polityki ekonomicznej lub społecznej. Z drugiej jednak strony, bardzo ważne powody musiałyby zostać przedstawione przed Trybunałem, by uzasadnić odmierne traktowanie wyłącznie ze względu na przynależność państwową.

Trybunał w sposób wyraźny zastrzegł, że nie jest jego rolą decydować, czy i w jakim zakresie dopuszczalne jest, aby państwa wprowadzały opłaty z tytułu pobierania nauki. Prawo do edukacji ze swej natury wymaga bowiem uregulowania przez państwo, a regulacja ta może zmieniać się w miejscu i w czasie – w zależności od potrzeb i zasobów społeczeństwa. Rolą ETPC było jedynie ustalenie, czy w sytuacji, gdy państwo dobrowolnie zdecydowało się na zapewnienie bezpłatnej nauki, określona grupa osób nie została potraktowana – bez odpowiedniego uzasadnienia – mniej korzystnie niż inni.

Trybunał stwierdził, że państwo może mieć uzasadnione powody do ograniczania korzystania z usług publicznych, takich jak programy opieki społecznej, świadczenia publiczne i opieki zdrowotnej – przez krótki okres i względem nielegalnych imigrantów, którzy co do zasady, nie przyczyniają się do ich finansowania. Może ono również, w pewnych okolicznościach, wprowadzać rozróżnienie kategorii cudzoziemców przebywających na jego terytorium.

Mimo że podobne argumenty odnoszą się do edukacji, będącej jedną z najważniejszych usług

publicznych w nowoczesnym państwie, nie mogą one być stosowane bez zastrzeżeń. Prawdą jest, że edukacja jest działalnością kosztowną do wykonania, podczas gdy środki publiczne, jakie władze mogą przeznaczyć na ten cel, są ograniczone. Prawdą jest również, że przy podejmowaniu decyzji co do sposobu uregulowania dostępu do edukacji, w szczególności kwestii pobierania opłat, państwa muszą znaleźć równowagę między, z jednej strony, potrzebami edukacyjnymi osób podlegających jego jurysdykcji, a z drugiej strony – ograniczonymi możliwościami ich zapewnienia. Jednakże ETPC stanął na stanowisku, że nie można pominąć, iż w przeciwieństwie do niektórych innych usług publicznych edukacja jest prawem, które znajduje bezpośrednią ochronę w ramach EKPC. Jest to także szczególnie rodzaj służby publicznej, nie tylko przynoszący bezpośrednie korzyści, ale służący również innym funkcjom społecznym. W demokratycznym społeczeństwie prawo do nauki jest niezbędne do rozwoju praw człowieka, ponadto, w celu osiągnięcia pluralizmu – służy integracji społeczeństwa z mniejszościami.

Zdaniem Trybunału margines swobody w tym zakresie wzrasta wraz z poziomem wykształcenia. Tak więc, w szkolnictwie wyższym, które do tej pory pozostaje nieobowiązkowe, wyższe opłaty dla cudzoziemców – a nawet opłaty w ogóle – wydają się być powszechne i mogą w obecnych warunkach zostać uznane za w pełni uzasadnione. Odmienna sytuacja ma miejsce w szkolnictwie podstawo-

wym zapewniającym umiejętności czytania i pisania, jak również integrację i pierwsze doświadczenia społeczne. Szkolnictwo, które jest przedmiotem sporu w niniejszej sprawie, mieści się pomiędzy tymi dwiema skrajnościami. Trybunał jest świadomy faktu, że wzrasta liczba krajów, gdzie wykształcenie odgrywa coraz większą rolę w rozwoju osobistym oraz integracji społecznej i zawodowej. Rozważania te przemawiają na rzecz zastosowania bardziej restrykcyjnej kontroli oceny proporcjonalności środków zastosowanych względem skarżących.

W ocenianiu przez ETPC dochodzenia zasady proporcjonalności nie było niezbędne określenie, czy

państwo bułgarskie jest uprawnione do pozbawienia korzyści edukacyjnych wszystkich nielegalnie przebywających cudzoziemców. Nie jest rolą Trybunału abstrakcyjne ocenianie, czy prawo krajowe jest zgodne z EKPC i dlatego ograniczył się on do oceny sytuacji osobistej wnioskodawców.

Skarżący nie mogli być uznani za osoby przybywające w Bułgarii nielegalnie, władze nie miały merytorycznych zastrzeżeń do ich pobytu w tym kraju i nie miały zamiaru ich deportować. Skarżący podjęli także kroki zmierzające do uregulowania swej sytuacji imigracyjnej. Nie można również stwierdzić, że starali się wykorzystać państwowy system edukacji.

Trybunał podkreślił, że osiedlenie się w Bułgarii i pobieranie w niej edukacji nie było ich decyzją. Skarżący nie mogli więc wybrać innego kraju i pobierać w nim nauki w szkole średniej. Ponadto byli oni w pełni zintegrowani ze społeczeństwem bułgarskim i nie wymagali świadczenia na ich rzecz specjalnych usług edukacyjnych.

W tych okolicznościach sprawy wymóg uiszczenia przez skarżących opłaty za szkoły ze względu na ich narodowość i status imigranta nie mógł być uznany za uzasadniony. Tym samym doszło do naruszenia art. 14 konwencji w związku z art. 2 protokołu nr 1 do EKPC.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Przegląd orzecznictwa – prawo karne

Wyrok SN z dnia 2 czerwca 2011 r. (V KK 110/11)

Przepis art. 343 § 2 pkt 1 k.p.k., przewidując możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary także w innych wypadkach niż wskazane w art. 60 § 1–4 k.k., nie wyłącza stosowania przy owym nadzwyczajnym złagodzeniu dalszych przepisów zawartych w art. 60 k.k., a więc tych, które regulują już same zasady nadzwyczajnego złagodzenia poszczególnych kar.

W sytuacji gdy ustawa zakłada alternatywne zagrożenie karami z art. 31 pkt 1–3 k.k., stosownie do wskazanego art. 60 § 7 k.k. nie można zastosować nadzwyczajnego złagodzenia kary przez orzeczenie najłagodniejszej z nich poniżej dolnej granicy owej kary, a jedynie przez całkowite odstąpienie od orzeczenia jakiegokolwiek z przewidzianych alternatywnie kar i ograniczenie się do orzeczenia środka karnego.

Jeżeli wniosek o skazanie bez rozprawy wskazuje na nadzwyczajne złagodzenie kary niezgodne z przepisami karno-materialnymi, sugerując np. wymiar kary, który w danej

sytuacji nie może być orzeczony, sąd nie powinien uwzględnić takiego wniosku, chyba że dojdzie do jego modyfikacji na posiedzeniu. Gdyby to nie nastąpiło, sąd powinien skierować sprawę na rozprawę.

Z uzasadnienia:

Z akt tej sprawy wynika, iż już podczas przesłuchania przez funkcjonariusza policji oskarżony oświadczył, że żałuje tego co zrobił i chce się dobrowolnie poddać karze. Następnie podczas przesłuchania go przez prokuratora sporządzony został – niezależnie od protokołu przesłuchania – protokół „przyjęcia wniosku o skazanie bez przeprowadzenia rozprawy”, podpisany przez prokuratora i podejrzanego, w podstawie prawnej którego wskazano art. 335 § 1 k.p.k. oraz stwierdzono, że wniosek ten zakłada skazanie oskarżonego na grzywnę w wymiarze 50 stawek po 10 zł i orzeczenie na okres 2 lat środka karnego w postaci zakazu wstępu na imprezy masowe, mecze miejscowego zespołu piłki nożnej. Z dokumentu o przesłaniu akt tej sprawy Sądowi Rejonowemu, podpisanego przez Prokuratora Rejonowego, wynika z kolei, że są one przekazywane wraz z wnioskiem

o rozpoznanie sprawy w trybie przyspieszonym i wnioskiem w trybie art. 335 § 1 k.p.k. oraz że załączono do nich dwie kopie wniosku, bez wyjaśnienia bliżej, o kopie jakich wniosków chodzi (k. 22). Natomiast w protokole posiedzenia Sądu w „przedmiocie wydania wyroku skazującego bez przeprowadzenia rozprawy” odnotowano, że odczytano tam „wniosek prokuratora zawarty w akcie oskarżenia” oraz że oskarżony wnosi o wymierzenie kary jak w tym wniosku, a następnie, że Sąd postanowił wniosek ten uwzględnić (k. 23).

W świetle powyższego rodzi się może wątpliwość, czy przewidziany przez art. 517d § 2 zdanie drugie in fine k.p.k. jako odrębny dokument, wniosek, o którym mowa w art. 335 § 1 k.p.k., został w tej sprawie dołączony w wymaganej przez prawo postaci, skoro Sąd odczytywał wniosek oskarżyciela jakoby „zawarty w akcie oskarżenia”, a z pisma prokuratora wynika, że przekazuje materiały sprawy wraz z dwoma wnioskami, czyli o rozpoznanie sprawy w postępowaniu przyspieszonym oraz o skazanie bez rozprawy. Nie można jednak uznać za zasadne wyprowadzanie z tych okoliczności – i to na

niekorzystać oskarżonego – przez Prokuratora Generalnego zarzutu, że oskarżyciel nie sporządził i nie dołączył do przekazywanych materiałów wniosku o skazanie oskarżonego bez rozprawy. Fakt że w aktach tej sprawy dokumentu takiego nie ma, o niczym jeszcze nie świadczy, tym bardziej że za wniosek taki można potraktować wskazane wcześniej odrębne pismo z tzw. przyjęcia wniosku o skazanie bez rozprawy, w którym zarówno prokurator, jak i podejrzany uzgodnili warunki skazania za zarzucany temu ostatniemu czyn, zwłaszcza że przywołano w tym dokumencie jako podstawę art. 335 § 1 k.p.k. Tym samym nie był to wniosek o tzw. dobrowolne poddanie się karze, o jakim mowa w art. 387 k.p.k., którego złożenie jest możliwe już w trakcie dochodzenia skróconego, na co wskazuje wyraźnie art. 517e § 2 k.p.k., a co mogło sugerować oświadczenie podejrzanego o woli poddania się karze, złożone podczas przesłuchania go przez policję. Skoro zaś, stosownie do art. 118 k.p.k., znaczenie czynności procesowej winno być oceniane przez jej treść, a nie formę, to nie można – nawet przyjmując naruszenia w zakresie owej formy, wynikające z możliwych zaniedbań organu procesowego – przy istnieniu ewentualnych wątpliwości w tej materii, wyprowadzać konsekwencji niekorzystnych dla samego oskarżonego. Bez wątpienia bowiem wolą oskarżyciela w tej sprawie było wystąpienie o skazanie oskarżonego bez rozprawy, czemu dał wyraz wskazując na

przekazanie Sądowi wraz z surogatem aktu oskarżenia także wniosku, o jakim mowa w art. 335 § 1 k.p.k. To zaś, że nie da się wykluczyć, iż jako taki wniosek potraktował on być może odrębne pismo o ustaleniu warunków tego skazania z podejrzanym, nie oznacza, że zachowanie takie ma być rozumiane jako zupełny brak rzeczowego wniosku. Analizowanego tu zatem zarzutu skargi kasacyjnej nie można uznać za zasadny, a tym samym nie można przyjąć, jakoby w sprawie tej miało miejsce naruszenie art. 343 § 6 w zw. z art. 335 § 1 k.p.k. i art. 517d § 2 k.p.k. przez rozpoznanie sprawy na posiedzeniu bez wymaganego wniosku o skazanie bez przeprowadzania rozprawy. Sąd Rejonowy miał zatem prawo uznać, że wniosek, o którym mowa w art. 335 § 1 k.p.k., został złożony – i procedować w związku z tym na posiedzeniu przewidzianym w art. 343 k.p.k.

Natomiast gdy chodzi o zarzut drugi, to prawdą jest, że art. 60 ust. 1 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych z 2009 r. penalizuje to zachowanie pod groźbą kary grzywny nie mniejszej niż 180 stawek dziennych. Z drugiej jednak strony należy mieć na uwadze, że Sąd w tej sprawie procedował w trybie art. 343 k.p.k., a ten zakłada, że uwzględniając wniosek przewidziany w art. 335 k.p.k., Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary również w wypadkach innych niż przewidziane w art. 60 § 1–4 k.k. (art. 343 § 1 i § 2 pkt 1 k.p.k.). W doktrynie zaś przyjmuje się, że przepis ten stanowi samodziel-

ną materialnoprawną podstawę do nadzwyczajnego złagodzenia kary i pozytywnie ocenia, od strony samej istoty, takie rozwiązanie (zob. np. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2004, t. II, s. 294–295; S. Waltoś, *Główne nurty nowelizacji procedury karnej*, „Państwo i Prawo” 2003, z. 4, s. 16; R.A. Stefański, (w:) J. Bratoszewski i inni, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2004, t. II, s. 564; Z. Cwiakalski, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 2004, t. I, s. 899–900). Jak zaś wiadomo, nadzwyczajne złagodzenie kary polega na wymierzeniu jej poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia albo kary łagodniejszego rodzaju. To z kolei mogłoby oznaczać, że Sąd, orzekając w trybie przewidzianym w art. 343 k.p.k., mógł orzec karę grzywny poniżej dolnej granicy przewidzianej w naruszonym przez oskarżonego przepisie.

W tym miejscu należy jednak zauważyć, że przepis art. 343 § 2 pkt 1 k.p.k., przewidując możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary także w innych wypadkach niż wskazane w art. 60 § 1–4 k.k., nie wyłącza stosowania przy owym nadzwyczajnym złagodzeniu dalszych przepisów zawartych w art. 60 k.k., a więc tych, które regulują już same zasady nadzwyczajnego złagodzenia poszczególnych kar. Z przepisu § 6 pkt 4 art. 60 wynika zaś, że jeżeli czyn stanowi występki, a dolną granicą ustawowego zagrożenia jest kara pozbawienia wolności niższa

od roku, sąd wymierza grzywnę albo karę pozbawienia wolności, a w tym wypadku granice owych kar łagodniejszych określają już art. 33 i 34 k.k. Z kolei w § 7 art. 60 k.k. przyjmuje się, że przy alternatywnym zagrożeniu karami z art. 32 pkt 1–3 k.k., nadzwyczajne złagodzenie kary polega na odstąpieniu od wymierzenia jakiegokolwiek z nich i orzeczeniu środka karnego. Przypisany skazanemu czyn zakłada właśnie zagrożenie alternatywne, przewidując obok wskazanej wcześniej grzywny także karę ograniczenia wolności oraz karę pozbawienia wolności do lat 3. W takiej jednak sytuacji, a więc gdy ustawa zakłada alternatywne zagrożenie karami z art. 31 pkt 1–3 k.k., stosownie do wskazanego art. 60 § 7 k.k. nie można zastosować nadzwyczajnego złagodzenia kary przez orzeczenie najłagodniejszej z nich poniżej dolnej granicy owej kary, a jedynie przez całkowite odstąpienie od orzeczenia jakiegokolwiek z przewidzianych alternatywnie kar i ograniczenie się do orzeczenia środka karnego. Tym samym doszło w tej sprawie do rażącego naruszenia prawa materialnego, skoro Sąd orzekł karę grzywny poniżej dolnej jej granicy. Choć skoro decydował o orzeczeniu tej kary, powinien ją wymierzyć w wysokości nie niższej niż dolna jej granica przewidziana w naruszonym przepisie. Jeżeli zatem wniosek o skazanie bez rozprawy wskazuje na nadzwyczajne złagodzenie kary niezgodne z przepisami karnymi materialnymi, sugerując np. wymiar kary, który w danej sytuacji nie może być

orzeczony, Sąd nie powinien uwzględniać takiego wniosku, chyba że dojdzie do jego modyfikacji na posiedzeniu. Gdyby to nie nastąpiło, w tym z uwagi na nieobecność prokuratora na tym forum, Sąd powinien skierować sprawę na rozprawę, czego jednak nie uczyniono.

Postanowienie SN z dnia 15 czerwca 2011 r. (II KO 38/II)

Użycie w art. 4 ustawy z dnia 20 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. Nr 48, poz. 245) zwrotu „postępowanie sądowe [...] wznowia się” nie oznacza wcale, że wznowienie nastąpić ma z urzędu, lecz stanowi jedynie nakaz wznowienia postępowania w razie zaistnienia opisanej w tym przepisie podstawy. Należy zatem przyjąć, że wznowienie przewidziane w omawianej noweli następuje na wniosek strony, a jedynie gdyby stanowiło ono uchybienie z art. 439 § 1 k.p.k., do wznowienia dojść mogłoby tylko z urzędu.

Karą nieznaną ustawie w rozumieniu wskazanego przepisu jest wyłączenie kary, która nie jest znana systemowi polskiego prawa karnego, a nie kara nieprzewidziana w przepisie będącym podstawą skazania lub orzeczona powyżej granic ustawowego zagrożenia.

Przez karę pozbawienia wolności w wymiarze przekracza-

jącym górną granicę ustawowego zagrożenia w rozumieniu art. 4 noweli z dnia 20 stycznia 2011 r. należy rozumieć każdą karę pozbawienia wolności orzeczoną powyżej tych granic, w tym także taką, która przyjęła postać rodzajową tej kary nieznaną polskiemu systemowi prawnemu. To zaś oznacza, że nie mamy tu do czynienia z bezwzględną przyczyną odwoławczą, lecz jedynie z istnieniem obecnie rażącego naruszenia prawa materialnego, o jakim mowa w art. 438 pkt 1 k.p.k., a tym samym wznowienie postępowania w takich wypadkach – w oparciu o art. 4 tej ustawy – następuje jedynie na wniosek strony, a nie z urzędu.

Kodeks postępowania karnego ogranicza możliwość wznowienia prawomocnie zakończonego postępowania z urzędu – do sytuacji, gdy podstawę tego wznowienia stanowiłyby miały uchybienia określone w art. 439 § 1 k.p.k. (art. 542 § 3 k.p.k.). We wszystkich pozostałych sytuacjach wznowienie może nastąpić jedynie na wniosek strony. W sprawie niniejszej, po odesłaniu skazanego polskim organom wymiaru sprawiedliwości ustalono – stosownie do ówczesnego brzmienia art. 607s § 4 k.p.k., według którego sąd polski był związany wymiarem kary orzeczonej przez sąd państwa, któremu uprzednio wydano daną osobę – że wykonaniu w Polsce podlega kara 20 lat pozbawienia wolności, jako kara prawomocnie orzeczona w Belgii. W wyniku nowelizacji dokonanej wspomnianą

ustawą z dnia 20 stycznia 2011 r. zmieniono przepis § 4 art. 607s k.p.k., przyjmując w nim m.in., że jeżeli kara orzeczona przez organ sądowy państwa wydania nakazu europejskiego przekracza górną granicę ustawowego zagrożenia, sąd określa podlegającą wykonaniu karę według prawa polskiego, w wysokości odpowiadającej górnej granicy ustawowego zagrożenia, z uwzględnieniem okresu rzeczywistego pozbawienia wolności danej osoby za granicą oraz wykonanej tam już części kary. Jednocześnie w art. 4 tej noweli przyjęto, że postępowanie sądowe zakończone przed jej wejściem w życie prawomocnym orzeczeniem o wykonaniu kary pozbawienia wolności orzeczonej za granicą w wymiarze przekraczającym górną granicę ustawowego zagrożenia według prawa polskiego wznawia się, przy czym wznowienie to jest wówczas ograniczone wyłącznie do określenia podlegającej do wykonania kary.

Rację ma prokurator Prokuratury Generalnej, podnosząc, że przytoczony wyżej przepis nie wskazuje na możliwość wznawiania postępowania z urzędu. Użycie w art. 4 noweli z 20 stycznia 2011 r. zwrotu „postępowanie sądowe [...] wznawia się” nie oznacza bowiem wcale, że wznowienie nastąpić ma z urzędu, lecz stanowi jedynie nakaz wznowienia postępowania w razie zaistnienia opisanej w tym przepisie podstawy. Podobne określenie tkwi zresztą w art. 540 k.p.k., który przewiduje wznawianie procesu na wniosek strony. Należy zatem przyjąć, że wznowienie przewidziane w omawia-

nej noweli następuje na wniosek strony, a jedynie gdyby stanowiło ono uchybienie z art. 439 § 1 k.p.k., do wznowienia dojść mogłoby tylko z urzędu. Z dotychczasowego orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika zaś m.in., że w razie powrotnego przekazania skazanego, któremu wymierzono za granicą za przestępstwo zgwałcenia karę dożywotniego pozbawienia wolności i taką też karę ustalono do wykonania w Polsce przed wejściem w życie ustawy nowelizacyjnej z dnia 20 stycznia 2011 r., wznowienie postępowania w przedmiocie rozmiaru przejętej do wykonania kary następuje na wniosek strony (postanowienie SN z dnia 6 czerwca 2011 r., V KO 18/II, niepubl.).

Powstaje zatem pytanie, czy przyjęta w tej sprawie do wykonania kara 20 lat pozbawienia wolności, orzeczona w Królestwie Belgii, jest jedynie karą przekraczającą górną granicę ustawowego zagrożenia, czy też przejście takiej kary do wykonania oznacza jednak uchybienie wskazane w art. 439 § 1 pkt 5 k.p.k., według którego zachodzi bezwzględna przyczyna odwoławcza, gdy „orzeczono karę nieznaną ustawie”. W judykaturze i doktrynie przeważa stanowisko, że karą nieznaną ustawie w rozumieniu wskazanego przepisu jest wyłącznie kara nieznaną w ogóle systemowi polskiego prawa karnego, a nie kara, która nie jest przewidziana w przepisie będącym podstawą skazania, lub orzeczona powyżej granic ustawowego zagrożenia (zob. np. postanowienie SN z 3 sierpnia 2004 r., IV KK 86/04, OSN-R 2004,

poz. 1369, czy postanowienie SN z 2 września 2004 r., II KK 99/04, LEX nr 126663 i wskazane tam judykaty oraz np. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2004, t. II, s. 631; S. Zabłocki (w:) Z. Gostyński (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2004, t. III, s. 168–169; J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2006, t. II, s. 89).

Należy jednak mieć na uwadze, że w świetle Kodeksu karnego odrębnymi karami są: kara pozbawienia wolności oraz kara 25 lat pozbawienia wolności i kara dożywotniego pozbawienia wolności (art. 32 pkt 3–5 k.k.). Stąd prezentowane jest także w piśmiennictwie stanowisko, że np. kara 27 lat, 35 lat czy 17 lat pozbawienia wolności może być uznana za karę nieznaną ustawie (zob. np. Z. Doda, A. Gaberle, *Kontrola odwoławcza w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz*, Warszawa 1997, t. II, s. 160; T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym*, Warszawa 2008, s. 945; T. Grzegorzczuk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 801). Jednak także przy przyjęciu tego ostatniego stanowiska należy mieć na uwadze, że art. 439 § 1 pkt 5 k.p.k. mówi o „orzeczeniu kary nieznaną ustawie”. Tymczasem w ramach postępowania po przejściu skazania – w tym w trybie ENA, jak w tej sprawie – chodzi jedynie o określenie kary podlegającej wykonaniu, orzeczono-

nej już uprzednio prawomocnie przez sąd innego państwa, a nie o orzeczenie takiej kary w Polsce. Nie można też nie zauważyć, że przed zmianą § 4 art. 607s k.p.k. kodeks wyraźnie wskazywał, że sąd polski jest związany wymiarem orzeczonej kary, zatem nadawał prymat regulacjom wynikającym z wiążących Polskę umów, uznając za możliwe przejście do wykonania kary pozbawienia wolności w rozmiarach przekraczających granice tej kary przewidziane przez polskie prawo karne, w tym także w zakresie wymiaru każdej z trzech odrębnych kar pozbawienia wolności. Potwierdzono to zresztą w uchwale SN z dnia 3 marca 2009 r., I KZP 30/08, OSNKW 2009, z. 4, poz. 26, wskazując zarazem – z przywołaniem piśmiennictwa i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego – że wykonywanie kary czy kar w rozmiarach nieprzewidzianych w prawie polskim nie narusza art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, normującego kwestię gwarancji *nullum crimen sine lege* i *nulla poena sine lege*, jako że ta norma konstytucyjna odnosi się do „podlegania odpowiedzialności karnej”, a to realizowane jest w trakcie postępowania karnego. Nie dotyczy zatem sfery wykonywania prawomocnie orzeczonych kar, także gdy są to kary orzeczone za granicą. Tym samym nawet przyjmując, że przejęta do wykonania kara 20 lat pozbawienia wolności była rodzajowo karą nieznaną polskiej ustawie, nie była ona tak traktowana w polskim systemie wykonywania kary pozbawienia wolności i nie naruszało to gwarancji konstytucyjnych.

Nowelizacja z dnia 20 stycznia 2011 r., jak wynika z uzasadnienia jej projektu (druk sejmowy nr 3597/VI kad., s. 5), wywołana została odmiennym podejściem ustawodawcy polskiego do rozumienia wymogów decyzji ramowej w sprawie ENA z 13 czerwca 2002 r., według którego z decyzji tej nie wynika bynajmniej zakaz stosowania procedury *exequatur* i dostosowywania wymiaru kary do wewnętrznego porządku prawnego, oraz wzięciem pod uwagę rozwiązań nowej decyzji ramowej z dnia 27 listopada 2008 r. o stosowaniu zasady wzajemnego uznawania do wyroków skazujących na karę pozbawienia wolności lub inny środek polegający na pozbawieniu wolności – w celu wykonania tych wyroków w Unii Europejskiej (2008/909/WsiSW, Dz.Urz. UE Seria L z 5.12.2008, nr 327, s. 27), z której wynika, że kara ta powinna być implementowana do krajowych porządków prawnych z uwzględnieniem maksymalnego zagrożenia karnego państwa wykonania, jeżeli przekracza ona ten wymiar.

Tym samym zmiana w 2011 r. regulacji prawnych, dokonana przywołaną wcześniej ustawą nakazującą obecnie dostosowywać kary, w tym karę pozbawienia wolności, orzeczoną za granicą w rozmiarze przekraczającym górną granicę zagrożenia taką karą w Polsce, do górnej granicy zagrożenia nią przewidzianego w prawie polskim, nie może oznaczać, że przejęta zgodnie z prawem uprzednio do wykonania kara pozbawienia wolności w rozmiarze lub co do rodzaju nieznaną prawu polskiemu, która na zasadzie wyjątku nie była trak-

towana jako „orzeczona kara nieznaną ustawie”, zyskuje nagle charakter takiej właśnie kary i oznacza obecnie zaistnienie uchybienia z art. 439 § 1 pkt 5 k.p.k. W istocie zatem przez karę pozbawienia wolności w wymiarze przekraczającym górną granicę ustawowego zagrożenia w rozumieniu art. 4 omawianej ustawy nowelizującej z dnia 20 stycznia 2011 r. należy rozumieć każdą karę pozbawienia wolności orzeczoną powyżej tych granic, w tym także taką, która przyjęła postać rodzajową tej kary, nieznaną polskiemu systemowi prawnemu. To zaś oznacza, że nie mamy tu do czynienia z bezwzględną przyczyną odwoławczą, lecz jedynie z istnieniem obecnie rażącego naruszenia prawa materialnego, o jakim mowa w art. 438 pkt 1 k.p.k., a tym samym wznowienie postępowania w takich wypadkach, w oparciu o art. 4 tej ustawy, następuje jedynie na wniosek strony, a nie z urzędu.

Wyrok SN z dnia 21 kwietnia 2011 r. (V KK 59/11)

W postępowaniu o dobrowolnym poddaniu się odpowiedzialności sąd nie orzeka kary grzywny. Instytucja dobrowolnego poddania się odpowiedzialności, zamieszczona w rozdziale 2 k.k.s., stanowi formę zaniechania ukarania sprawcy, w konsekwencji czego wyrok wyrażający zezwolenie na poddanie się tej odpowiedzialności nie podlega, jak wyrok skazujący, wpisaniu do Krajowego Rejestru Karnego, zaś uiszczenie określonej

kwoty tytułem kary grzywny nie stanowi przesłanki recydywy skarbowej (art. 18 § 2 k.k.s.). Jednocześnie nie wolno pominąć, że dobrowolne poddanie się odpowiedzialności stanowi środek karny (art. 22 § 2 pkt 1 k.k.s.).

Orzeczenie tytułem kary grzywny za popełnienie przestępstwa skarbowego, przewidziane w art. 18 § 1 pkt 1 k.k.s., sąd wyraża w ujęciu kwotowym, a więc przez podanie sumy pieniężnej, którą uiścić sprawca ubiegający się o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności.

Wyrok SN z dnia 5 maja 2011 r. (IV KK 57/II)

Przestępstwo określone w art. 297 § 1 k.k. jest przestępstwem formalnym (bezsukutowym), co powoduje, że w przypadku stwierdzenia jego popełnienia nie można mówić o wystąpieniu jakiegokolwiek szkody, która mogłaby zostać następnie naprawiona przez sprawcę.

Trudno w tej sytuacji wskazać konkretnego pokrzywdzonego, którego mogłoby dotyczyć pojednanie, albo też uzgodnienie z nim sposobu naprawienia szkody.

Postanowienie SN z dnia 19 maja 2011 r. (I KZP 4/II)

Po rozpoznaniu zagadnienia prawnego: Czy zawarte w przepisie art. 575 § 1 k.p.k. stwierdzenie, że „wyrok łączny traci moc” oznacza, że tracą

moc wszystkie rozstrzygnięcia zawarte w tym wyroku, odnoszące się do wszystkich orzeczonych w nim kar łącznych, czy też traci moc tylko ta część wyroku łącznego, która dotyczy kary łącznej, co do której z przyczyn materialnych, określonych w art. 85 k.k., zachodzi konieczność nowego jej ukształtowania? – Sąd Najwyższy postanowił odmówić podjęcia uchwały.

Teza:

Utrata mocy wyroku łącznego *ipso iure* (art. 575 § 1 k.p.k.) następuje w odniesieniu do tych tylko jego rozstrzygnięć o połączeniu kar tego samego rodzaju (o umorzeniu postępowania na podstawie art. 572 k.p.k.), które zostały objęte nowym wyrokiem łącznym, wydanym w związku z powstałą po wydaniu tego wyroku potrzebą, wynikającą z przesłanek prawnomaterialnych określonych w art. 85 k.k.

Postanowienie SN z dnia 24 maja 2011 r. (II KK 13/II)

Przedmiotem ochrony w przypadku czynu zabronionego z art. 270 § 1 k.k. jest dobro prawne ogólnej natury, jakim jest wiarygodność dokumentu. Powoduje to, że w postępowaniu o taki czyn brak jest pokrzywdzonego. To zaś z kolei powoduje, że nie ma również osoby, która na podstawie art. 53 k.p.k. mogłaby działać w sprawie w charakterze oskarżyciela posiłkowego.

Ustalenie osoby pokrzywdzonej czynem zabronionym (w ro-

zumieniu procesowym) następuje w oparciu o opis zespołu znamion zarzuconego czynu. Konsekwencją powyższego jest wspomniany brak możliwości przyjęcia, że bezpośrednim następstwem podrobienia dokumentu jest pokrzywdzenie konkretnej osoby fizycznej. Inaczej jednak rzecz należałoby ocenić, gdyby przyjęć, dla potrzeb ustalania kręgu osób pokrzywdzonych, że to nie tyle opis czynu i jego kwalifikacja przyjęte przez oskarżyciela w akcie oskarżenia wiążą sąd, lecz ramy zdarzenia historycznego będącego przedmiotem zarzutu i w rezultacie wyznaczona tymi ramami kwalifikacja prawna, która powinna być w sprawie przyjęta.

Jeżeli danej osoby (pomimo złożenia stosownego wniosku) nie dopuszczono do udziału w sprawie w charakterze oskarżyciela posiłkowego, a następnie sąd doszedł do wniosku, że przy zmienionej kwalifikacji prawnej osobie takiej przysługiwałyby jednak uprawnienia pokrzywdzonego, to powinien rozważyć prowadzenie sprawy od początku, aby umożliwić jej ponowne wystąpienie z takim wnioskiem.

Postanowienie SN z dnia 31 maja 2011 r. (V KK 402/10)

Zważywszy, że czas pobytu oskarżonego w zakładzie leczniczym w celu obserwacji psychiatrycznej stanowi rzeczywiste pozbawienie wolności w rozumieniu art. 63 § 1 k.p.k., nieodzwonne staje się odstąpienie od

takiej formy badania stanu zdrowia psychicznego oskarżonego w wypadkach, gdy z okoliczności sprawy wynika, iż nie zaktualizuje się norma o powinności zaliczenia czasu pobytu w zakładzie leczniczym na poczet bezwzględnej kary pozbawienia wolności. W postępowaniu dotyczącym czynu, którego przypisanie nie pociąga konieczności wydania orzeczenia o izolowaniu sprawcy, nie należy – poza przypadkami uniemożliwiania przez sprawcę przeprowadzenia postępowania karnego – stosować takiej formy pozbawienia wolności, która nie zostanie zrekompensovana zaliczeniem na poczet kary pozbawienia wolności.

W sprawach, w których realna staje się prognoza konieczności orzeczenia o umieszczeniu sprawcy w zakładzie psychiatrycznym, odpowiednie stosowanie art. 259 § 2 k.p.k. nie mogłoby stanowić przeszkody w wydaniu postanowienia o skierowaniu osoby oskarżonej na obserwację psychiatryczną niezależnie od jej woli.

Odpowiednie stosowanie art. 259 § 2 k.p.k., nakazane przepisem art. 203 § 1 zdanie drugie k.p.k., nie doznaje wyłączeń z przyczyn określonych w art. 259 § 4 k.p.k. Nie jest więc dopuszczalne wydanie przez sąd orzeczenia o poddaniu oskarżonego obserwacji psychiatrycznej, jeśli sam oskarżony o to nie wnosi, a na podstawie okoliczności sprawy można przewidywać, że będzie orzeczona wobec niego kara pozbawienia wolności z warunkowym

zawieszeniem wykonania lub kara łagodniejsza, albo że okres stosowanego w sprawie tymczasowego aresztowania przekroczy wymiar kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia. Nie ma możliwości skierowania oskarżonego na obserwację psychiatryczną także wtedy, gdy oskarżony o to nie wnosi, a przy braku znacznej społecznej szkodliwości czynu zabronionego popełnionego przez niego nie byłoby przesłanek wymienionych w art. 94 § 1 k.k. – do wydania orzeczenia o umieszczeniu w szpitalu psychiatrycznym w wypadku ustalenia, że popełnił on czyn zabroniony w stanie zniesionej poczytalności (art. 31 § 1 k.k.).

W okresie stosowania wobec oskarżonego tymczasowego aresztowania albo wykonywania wobec niego kary o charakterze izolacyjnym, bądź środka zabezpieczającego o takim charakterze, nie istnieje *ratio legis* niestosowania wobec niego obserwacji psychiatrycznej, gdyż postanowienie sądu w tym przedmiocie nie stwarza wówczas samodzielnej podstawy prawnej dla pozbawienia oskarżonego wolności.

W tych warunkach „odpowiednie” stosowanie art. 259 § 2 k.p.k. przemawia w istocie za niestosowaniem zawartego w nim zakazu, jako bezprzedmiotowego.

Wyrok SN z dnia 14 czerwca 2011 r. (IV KK 159/11)

Ustawodawca wyraźnie wskazał, że wydanie wyro-

ku łącznego może pogorszyć sytuację prawną skazanego, a więc że nieprawidłowe było prezentowane w orzecznictwie założenie, iż wyroku łącznego nie wolno wydać „na niekorzyść” skazanego. Skoro wraz z wprowadzeniem art. 89 § 1a k.k. nie uległ merytorycznej zmianie art. 89 § 1 k.k., to na podstawie tego przepisu sąd jest uprawniony do orzekania kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia, gdy połączeniu w wyroku łącznym podlegają kary orzeczone z warunkowym i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania. Za takim wnioskiem przemawia obecnie argument *a maiori ad minus* z art. 89 § 1a k.k.

Wyrok SN z dnia 15 czerwca 2011 r. (II KK 114/11)

Dla prawidłowego skazania w trybie art. 387 k.p.k. w zakresie kary grzywny istotne jest nie to, że orzeczona kara globalnie odpowiada kwocie, jaką sugeruje oskarżony, lecz także – z uwagi na fakt, że ma ona być orzeczona w stawkach dziennych z określoną wysokością tej stawki – aby orzeczenie tej kary uwzględniało wniosek poddającego się jej, odnośnie zarówno do ilości stawek, jak i do wysokości stawki dziennej grzywny i pozostawało w tym zakresie zgodne z prawem.

Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne

Uchwała składu siedmiu sędziów NSA z dnia 15 czerwca 2011 r. (I OPS I/II) – sposób obliczania terminów w postępowaniu administracyjnym, w sytuacji gdy koniec terminu przypada na sobotę

Sobota jest dniem równorzędnym z dniem ustawowo wolnym od pracy w rozumieniu art. 57 § 4 k.p.a.¹

Z wnioskiem o podjęcie przez NSA uchwały wyjaśniającej pojawiające się rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych, dotyczące dopuszczalności uznania soboty za dzień równorzędny z dniem ustawowo wolnym od pracy w rozumieniu art. 57 § 4 k.p.a., wystąpił Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: RPO). W uzasadnieniu powyższego wniosku inicjator podjęcia uchwały zauważył z jednej strony, że wykładnia uznająca sobotę za dzień równorzędny z dniem

ustawowo wolnym od pracy ma na celu zapewnienie ochrony praw jednostki, a przede wszystkim umożliwienie jej efektywnego dokonania określonej czynności również w ostatnim dniu upływającego terminu. Z drugiej strony RPO wskazał, że gramatyczne brzmienie art. 57 § 1 k.p.a. nie pozostawia wątpliwości, że znajduje on zastosowanie jedynie wówczas, gdy koniec terminu przypada na dzień ustawowo wolny od pracy. Dni ustawowo wolne od pracy zostały wymienione w ustawie o dniach wolnych od pracy² i nie ma wśród nich soboty. Rzecznik zwrócił ponadto uwagę na konflikt zasad konstytucyjnych odnoszących się do analizowanego zagadnienia, spośród których zasada podziału władzy przemawia za tym, że sobota nie może zostać uznana za dzień wolny od pracy w rozumieniu art. 57 § 4 k.p.a., gdyż do kompetencji władzy ustawodawczej należy określanie dni wolnych od pracy. Natomiast z konstytucyjnej zasady równości wobec prawa płynie odmienny wniosek. Zwa-

żywszy bowiem na uznanie sobót za dni wolne od pracy, w sytuacji gdy tego dnia tygodnia przypada koniec terminu na gruncie p.p.s.a.³ oraz o.p.⁴, odmienne traktowanie stron postępowania administracyjnego oznaczałoby ich faktyczną dyskryminację. Kryterium dokonanego zróżnicowania stanowiłoby bowiem rodzaj procedury, według której załatwiana jest sprawa, a nie fakt rzeczywistej możliwości dochowania terminu procesowego, w sytuacji gdy jego koniec przypada w sobotę.

Uzasadniając podjętą uchwałę, NSA – powołując się na argumentację wyrażoną w uzasadnieniu uchwały z dnia 25 czerwca 2001 r.⁵ – zauważył, że istnieją dwie kategorie dni wolnych od pracy. Pierwszą z nich stanowią dni wymienione w ustawie o dniach wolnych od pracy, na-

¹ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm. (dalej: k.p.a.).

² Ustawa z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy, Dz.U. z 1951 r. Nr 4, poz. 28 ze zm. (dalej: ustawa o dniach wolnych od pracy).

³ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz.U. z 2002 r. Nr 153, poz. 1270 ze zm. (dalej: p.p.s.a.).

⁴ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm. (dalej: o.p.).

⁵ Uchwała NSA z dnia 25 czerwca 2001 r., FPS 7/00, ONSA 2001/4/149.

tomiast druga kategoria wynika z ustawowej zasady pięciodniowego tygodnia pracy wyrażonej w art. 129 § 1 k.p.⁶

Odwołując się do wykładni systemowej, NSA wskazał, że argumentem przemawiającym za uznaniem soboty za dzień, który powinien być traktowany na równi z dniami ustawowo wolnymi od pracy w rozumieniu art. 57 § 4 k.p.a., jest okoliczność, że takie rozwiązanie zostało już wyraźnie przyjęte w art. 12 § 5 o.p. i w art. 83 § 2 p.p.s.a. Uznanie, że w świetle art. 57 § 1 k.p.a. sobota powinna być traktowana jako dzień powszedni, byłoby sprzeczne z wywodzoną z art. 2 Konstytucji RP zasadą zaufania do państwa i stanowionego przez prawa. Sąd podkreślił, że w ramach tej samej gałęzi prawa administracyjnego nie można przypisywać różnych skutków prawnych konsekwencjom identycznych zdarzeń – przypadania końcowego dnia terminu dokonania czynności procesowej na sobotę, w zależności od tego, jakie przepisy procesowe mieć będą w sprawie zastosowanie. To że w o.p. oraz w p.p.s.a. ustawodawca wyraźnie postanowił, że gdy ostatni dzień terminu przypada na sobotę, za ostatni dzień terminu uważa się następny dzień po dniu wolnym od pracy (np. art. 83 § 2 p.p.s.a.) oznacza tylko tyle, że w tych procedurach usunięte zostało źródło wątpliwości interpretacyjnych. Nie

może być to natomiast argument przemawiający za stanowiskiem, że wolą ustawodawcy było przyjęcie takiego unormowania, aby w ogólnym postępowaniu administracyjnym sobota nie była traktowana jako dzień ustawowo wolny od pracy.

Wskazując na racje celowościowe, NSA stwierdził, że w soboty przeważająca większość urzędów pocztowych oraz urzędów organów administracji publicznej jest nieczynna. Nie można zatem utrzymywać, że istnieje prawnie skuteczna dla wszystkich uczestników postępowania administracyjnego możliwość dochowania terminu kończącego się właśnie w tym dniu.

Jednocześnie NSA podkreślił, że przedstawione rozumienie art. 57 § 4 k.p.a. nie oznacza, że takie pojmowanie godzi w zasadę podziału władz sformułowaną w art. 10 Konstytucji RP. Przyjęty bowiem w uchwale sposób traktowania terminów kończących się w sobotę – na równi z dniami ustawowo wolnymi od pracy – nie oznacza, że NSA wprowadza do ustawy o dniach wolnych od pracy nową kategorię takich dni, przy czym kategorię wywołującą skutki prawne w innych gałęziach prawa (prawo pracy, prawo cywilne).

Przedstawiona pokrótce uchwała pozostaje czytelnym przykładem, w którym podczas dokonywania wykładni przepisów prawnych sąd odstąpił od *stricte* językowego rozumienia art. 57 § 4 k.p.a. w powiązaniu z ustawą o dniach wolnych od pracy – na rzecz rezultatu sko-

rygowanego o regulację k.p., a przede wszystkim rezultatów wykładni systemowej, w tym prokonstytucyjnej oraz funkcjonalnej. Odwołanie się w przedstawionej sprawie jedynie do ustawy o dniach wolnych od pracy byłoby rozwiązaniem nieprawidłowym, gdyż nie uwzględniałoby ogółu regulacji prawnej znajdującej zastosowanie w sprawie. Pokazuje to wyraźnie konieczność uwzględniania w procesie interpretacji wszystkich znajdujących zastosowanie w sprawie przepisów, rozproszonych nierzadko w kilku aktach prawnych. Tak uzyskany rezultat wykładni, z uwagi na swoją niejednoznaczność, a raczej niezgodność z rezultatami wykładni systemowej oraz funkcjonalnej został poddany korekcie, co świadczy o tym, że efekt wykładni językowej nie przesądza o końcowym wyniku tego procesu, gdyż w ten sposób częstokroć dochodziłoby do błędów wykładni. Naczelny Sąd Administracyjny, uwzględniając pozajęzykowe reguły interpretacyjne, dokonał proobywatelskiej interpretacji art. 57 § 4 k.p.a., która w możliwie najszerszym zakresie chroni interes stron postępowania administracyjnego. Działanie to należy ocenić pozytywnie z uwagi na fundamentalne znaczenie regulacji postępowania administracyjnego dla poszanowania przez organy administracji publicznej sytuacji prawnej podmiotów niepodporządkowanych administracji pod względem prawnym oraz organizacyjnym.

Opracował Wojciech Piątek

6 Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, tekst jedn. Dz.U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 ze zm. (dalej: k.p.).

**Uchwała pełnego składu
Izby Gospodarczej
NSA z dnia 22 czerwca
2011 r. (I GPS 1/11) –
zwrot nadpłaty podatku
akcyzowego**

W rozumieniu art. 72 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., Nr 8, poz. 60 ze zm.) nie jest nadpłatą kwota podatku akcyzowego uiszczona z tytułu sprzedaży energii elektrycznej w sytuacji, w której ten kto ją uiścił nie poniósł z tego tytułu uszczerbku majątkowego.

Z wnioskiem o podjęcie uchwały przez pełen skład Izby Gospodarczej NSA wystąpił zwykły skład NSA, wskazując, że nie zgadza się on ze stanowiskiem wyrażonym w uchwale składu siedmiu sędziów NSA z dnia 13 lipca 2009 r. (I FPS 4/09), w której wskazano, iż art. 72 § 1 pkt 1 o.p. – zgodnie z którym za nadpłatę uważa się kwotę nadpłaconego lub nienależnie zapłaconego podatku – nie stoi na przeszkodzie zwrotowi nadpłaty w podatku akcyzowym, także wtedy gdy ciężar podatku poniósł nabywca opodatkowanego towaru. Problem, jaki pojawił się przy rozpoznawaniu przez NSA sprawy ze skargi kasacyjnej Dyrektora Izby Celnej dotyczącej zwrotu nadpłaty, dotyczył sytuacji, w której producent energii, nie będąc do tego zobowiązany, zapłacił podatek akcyzowy, wartość akcyzy doliczył do ceny sprzedaży, a następnie wystąpił do organu celnego o stwierdzenie nadpłaty.

Problem, jaki zarysował się w sprawie rozpoznawanej przez NSA, sprowadzał się – zdaniem składu orzekającego – do zdefiniowania pojęcia nadpłaty w rozumieniu art. 72 § 1 pkt 1 o.p. Wątpliwości budziła zasadność zwrotu podatku, gdy podatnik ubiegający się o taki zwrot w rzeczywistości nie poniósł ciężaru ekonomicznego opodatkowania, z tego powodu, że wliczając podatek w cenę towaru uniknął zubożenia wiążącego się z opodatkowaniem.

Odnosząc się do zagadnienia, jakie pojawiło się przy rozpoznawaniu skargi kasacyjnej, NSA wskazał w pierwszej kolejności, że podatek zapłacony przez jednostkę na podstawie przepisu naruszającego Konstytucję RP lub prawo unijne jest świadczeniem opartym na wadliwej podstawie prawnej. Obowiązkiem władzy publicznej staje się wówczas przede wszystkim zwrot podatku zapłaconego w oparciu o wadliwą podstawę prawną. Stwierdzenie takiej wadliwości w odpowiednim postępowaniu oznacza bowiem, iż ingerencja władzy publicznej w prawa majątkowe jednostki, stanowiąca istotę obowiązku ponoszenia świadczeń publicznych, w tym podatków, okazała się pozbawiona uzasadnienia prawnego. Sąd podkreślił, że na gruncie Konstytucji RP brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia do przyznania osobie, która dokonała zapłaty nienależnego podatku, środka prawnego mającego na celu uzyskanie od państwa świadczenia, które nie służyłoby pokryciu uszczerbku w jej dobrach

spowodowanego zapłatą takiego podatku, zaś konsekwencją wadliwego uiszczenia podatku nie może być doprowadzenie do wzbogacenia po stronie takiej osoby. Osoba poszkodowana zapłatą niezgodnego z prawem podatku może równolegle skorzystać z innych dostępnych jej środków prawnych. Rozważając stosunek instytucji nadpłaty podatkowej i roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia, NSA wskazał, iż pełne uregulowanie tej kwestii w o.p. wyłącza dopuszczalność odwoływania się do wymienionej instytucji prawa cywilnego. Przepisy o.p. stanowią zatem *lex specialis* wobec art. 405 i nast. k.c. Nie oznacza to jednak, że art. 72 § 1 pkt 1 o.p. należy w każdym przypadku interpretować w sposób wykluczający konieczność badania zubożenia po stronie podatnika zwracającego się o zwrot nadpłaty podatkowej. Sąd stwierdził, że poprzestanie na literalnej wykładni wymienionego przepisu mogłoby w pewnych sytuacjach prowadzić do rezultatu wypaczającego *ratio legis* instytucji zwrotu nadpłaty podatkowej, a przede wszystkim do naruszenia norm konstytucyjnych. Wobec tego art. 72 § 1 pkt 1 o.p. należy rozumieć w ten sposób, iż nie jest nadpłatą kwota podatku, jeżeli ten kto ją uiścił nie poniósł z tego tytułu bezpośredniego uszczerbku majątkowego. Celem i istotą roszczenia o zwrot nadpłaty nie jest pokrycie wszelkiego uszczerbku spowodowanego zapłatą nienależnego podatku, lecz wyłącznie restytucja straty w majątku podatnika wywołanej bezpośrednio

zapłatą takiego podatku. Jeżeli zaś do straty takiej nie doszło – np. na skutek przerzucenia kosztów opodatkowania na podmioty trzecie – to istniałoby poważne ryzyko, że uwzględnienie roszczenia o zwrot nadpłaty prowadziłoby do nieuzasadnionego przysporzenia po stronie podatnika, kosztem majątku publicznego.

Naczelny Sąd Administracyjny – przywołując stanowisko wyrażone w uchwale I FPS 4/09 – przyznał, że wykładnia literalna art. 72 § 1 pkt 1 o.p. prowadzi do stwierdzenia, iż przepis ten nie uzależnia powstania nadpłaty w podatku akcyzowym od wskazania zubożenia podatnika na skutek zapłaty podatku. Zdaniem składu orzekającego w pewnych przypadkach odczytanie normy wynikającej z powyższego przepisu nie może następować przy użyciu wyłącznie tej metody wykładni, w szczególności w sytuacji, gdy jej efekt nie jest zgodny z normami wynikającymi z Konstytucji RP. W takim przypadku uzasadnione jest podjęcie próby eliminacji tej niezgodności w drodze pozajęzykowych metod wykładni, w szczególności przy zastosowaniu metod celowościowych, funkcjonalnych i systemowych.

Sąd wskazał, że o.p. nie formułuje wyczerpującej definicji legalnej pojęcia „nadpłata”. Nie istnieje też przepis prawa, który stanowiłby, że „zubożenie” podatnika podatku akcyzowego nie jest warunkiem dopuszczalności zwrotu nadpłaty. Jeżeli istniałby taki przepis, to – co do zasady – ani sądy, ani organy podatkowe nie miałyby możliwości ignorowania

takiej regulacji. Natomiast brak wypowiedzi ustawodawcy w tym zakresie upoważniał NSA do podjęcia tego zagadnienia w drodze wykładni, zwłaszcza w sytuacji, gdy wynik wykładni literalnej budzi zastrzeżenia konstytucyjne. W uchwale podniesiono, że konieczność odwołania się do pierwszeństwa wykładni językowej oraz zasady *in dubio pro tributario* nie istnieje wobec wszelkich przepisów zawartych w o.p., niezależnie od ich przedmiotu regulacji, sam zaś fakt zamieszczenia przepisu w ustawie podatkowej nie nakazuje udzielenia prymatu wskazanym metodom interpretacji przepisu prawnego.

Sąd zwrócił również uwagę na konieczność uwzględnienia prawa Unii Europejskiej, podnosząc, iż orzecznictwo ETS dopuszcza wyłączenie zwrotu świadczenia pobranego niezgodnie z prawem UE, jeżeli prowadziłoby to do nieuprawnionego wzbogacenia świadczącego. W szczególności jako takie wzbogacenie może być postrzegane przekazanie przedsiębiorcy kwoty już przez niego odzyskanej (od konsumenta), co prowadziłoby do uzyskania podwójnego zwrotu podatku.

Od uchwały pełnego składu Izby Gospodarczej NSA zdania odrębne złożyło ośmiu sędziów. Podnoszono w nich zarzuty dwójakiego rodzaju. Po pierwsze, zastrzeżenia budził tryb podjęcia uchwały pełnego składu Izby Gospodarczej NSA. Biorąc pod uwagę treść art. 187 § 1 p.p.s.a. i art. 269 § 1 p.p.s.a., brak było podstaw, by – w sytuacji, w której zwykły skład NSA nie podziela

stanowiska wyrażonego w uchwale siedmiu sędziów NSA – odstąpić od stosowania normy prawnej dotyczącej przedstawienia zagadnienia prawnego odpowiedniemu składowi, tj. w omawianej sprawie składowi siedmiu sędziów NSA. Wobec tego za prawidłowe uznać należałoby przedstawienie zagadnienia prawnego składowi siedmiu sędziów NSA (nie zaś pełnemu składowi Izby), który dysponuje możliwościami przejęcia sprawy do rozpoznania i odmowy udzielenia odpowiedzi, przede wszystkim dlatego, że chroni przed koniecznością uruchamiania rozstrzygania przez skład całej Izby lub pełny skład NSA – w przypadkach, gdy nie jest to uzasadnione.

Po wtóre, wątpliwości sędziów, którzy złożyli zdanie odrębne, budziła kwestia możliwości zastosowania innych niż językowa metod wykładni jasnego w swej treści art. 72 § 1 pkt 1 o.p. Podniesiono również, iż w powołanym przepisie zawarto definicję legalną pojęcia nadpłaty przez wyliczenie (a nie przez określenie jej cech), która uzupełniona jest regulacjami występującymi w innych jeszcze przepisach. Żaden z przepisów o.p. wymieniających stany faktyczne, w których występuje nadpłata, nie zawiera odniesień do przesłanki uszczerbku majątkowego czy zubożenia po stronie podatnika, płatnika lub inkasenta, ewentualne zaś rozliczenia podmiotu, który uzyskał zwrot nadpłaty – z podmiotami trzecimi odbywają się „na zewnątrz” konkretnego stosunku prawno-podatkowego. W zdaniach odręb-

nych od uchwały podniesiono, że podjęta uchwała jest w istocie uzupełnieniem definicji podatku nienależnego o element materialnoprawny – w postaci uszczerbku majątkowego. Wyrażono też pogląd, zgodnie z którym do uzupełnienia legalnej definicji nadpłaty przez wprowadzenie dodatkowej przesłanki nie może dojść w drodze wykładni prokonstytucyjnej czy też prounijnej. Natomiast wyjaśnienie wątpliwości przedstawionej w powyższym postanowieniu – które nastąpiło wskutek podjęcia uchwały – zdaniem sędziów zgłaszających zdania odrębne stanowi niedopuszczalną wykładnię prawotwórczą.

Przedstawiona uchwała, jak i problemy podniesione w zdaniach odrębnych, dotyczą problematyki metod wykładni i konieczności dokonywania jej z uwzględnieniem całokształtu norm składających się na obowiązujący w danym systemie porządek prawny. Nadto, zaprezentowany tok rozumowania NSA ukazuje zagadnienie dopuszczalności dokonywania interpretacji przepisów prawnych w oparciu o wnioski płynące z rezultatów innych niż językowe sposobów wykładni. Sąd w omawianym orzeczeniu wskazał przede wszystkim na możliwość zastosowania prokonstytucyjnej i pro-

unijnej wykładni systemowej. Zgodzić należy się z wyrażonym w uchwale stanowiskiem, że odwołanie się w przedstawionej sprawie jedynie do rezultatów wykładni językowej byłoby działaniem niezasadnym. Konieczne było bowiem uwzględnienie powszechnie obowiązujących zasad państwa prawnego i sprawiedliwości społecznej, z których wywieść można z kolei fundamentalną dla całego systemu prawa normę, że zwrot uzyskanego w nieuprawniony sposób wzbogacenia należy się tylko temu, kosztem zubożenia którego wzbogacenie to nastąpiło.

Opracował *Jan Olszanowski*

Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne

Uchwała składu siedmiu sędziów SN – Izby Cywilnej z dnia 15 lutego 2011 r. (III CZP 90/10, OSNC 2011, nr 7–8, poz. 76)

Rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych chroni nabywcę użytkownika wieczystego także w razie wadliwego wpisu w księdze wieczystej Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego jako właściciela nieruchomości.

W komentowanej uchwale Sąd Najwyższy, choć nie zdecydował się jej nadać mocy zasady prawnej, przesądził trwający już od pół wieku spór w doktrynie i orzecznictwie co do dopuszczalności objęcia ochroną z tytułu rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych¹ użytkowników wieczystych w razie wadliwego wpisu w księdze wieczystej Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego jako właściciela nieruchomości. Uchwała ta ma ogromne znaczenie praktyczne –

co podkreślił Sąd Najwyższy – także z uwagi na coraz częstsze przypadki podważania aktów prawnych (głównie decyzji administracyjnych) stwierdzających przejście lub stanowiących podstawę przejścia nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa (jednostek samorządu terytorialnego). Ze względu na ograniczone ramy niniejszego opracowania pomijam wyczerpujące przedstawienie dotychczas prezentowanych w orzecznictwie poglądów².

Zgodnie z art. 232 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.; dalej: k.c.) użytkowanie wieczyste może obciążać jedynie grunty stanowiące przedmiot własności Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego (ich związków). Nie jest zatem możliwe w świetle obowiązującego stanu prawnego ustanowienie użytkowania wieczystego na gruntach należących do innych aniżeli wskazane w art. 232 k.c. podmiotów³. Należy

podkreślić przy tym, że prawo to treściowo zbliżone jest do prawa własności (por. art. 233 oraz art. 140 k.c.). W konsekwencji – na co wskazuje się w literaturze i orzecznictwie – użytkownikom wieczystym przysługuje również silna ochrona co właścicielom⁴. Taka ochrona powinna im więc przysługiwać także na podstawie przepisów o rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych⁵.

nieposiadające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną.

4 Zob. m.in. wyrok SN z dnia 9 października 1989 r., III CRN 298/89, LEX nr 8989. Zob. także w kontekście ochrony wynikającej z art. 21 w zw. z art. 64 Konstytucji RP – wyrok TK z dnia 3 kwietnia 2008 r., K 6/05, OTK ZU nr 3/A/2008, poz. 41. W literaturze zob. Z. Truskiewicz *Użytkowanie wieczyste. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2006, s. 540, 541.

5 Rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych chroni osoby działające w zaufaniu do księgi, które są nabywcami praw rzeczowych (działanie rękojmi uzależnione jest od dodatkowych przesłanek: ważności czynności prawnej, jej odpłatności, dobrej wiary nabywcy itd.). Interesy tych osób (nabywców prawa własności, użytkownika wieczystego itd.) konfrontowane są z interesami osób uprawnionych, które

1 Zob. art. 5–9 ustawy z dnia 16 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. z 2001 r. Nr 124, poz. 1361 ze zm.; dalej: u.k.w.h.).

2 Zob. postanowienie SN z dnia 12 marca 2010 r., III CSK 159/09, bip.prokuratoria.gov.pl, które było impulsem do wydania omawianej uchwały.

3 Nie chodzi tylko o osoby fizyczne, lecz także o osoby prawne i jednostki

Rękojmia działa w ten sposób, że w razie niezgodności między stanem prawnym nieruchomości ujawnionym w księdze wieczystej a rzeczywistym stanem prawnym treść księgi rozstrzyga na korzyść tego, kto przez czynność prawną z osobą uprawnioną według treści księgi nabył własność lub inne prawo rzeczowe.

Sąd Najwyższy w omawianej uchwale w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na dopuszczalne ramy ograniczania prawa własności⁶. Po pierwsze, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego konstytucyjna zasada ochrony własności unormowana w art. 21 i 64 Konstytucji RP nie przekreśla możliwości takiego ukształtowania mechanizmów prawa prywatnego, które prowadzi do zapewnienia dalej idącej ochrony pewnym interesom prawnym względem innych. Ocena celowości i trafności takich rozwiązań powinna być zawsze dokonywana z uwzględnieniem wartości konstytucyjnych oraz

z perspektywy całokształtu regulacji. Po drugie, Trybunał orzekł, że ograniczenie prawnej ochrony własności wynikające z zasady rękojmi w jej aktualnym kształcie zostało wprowadzone z zachowaniem konstytucyjnych wymogów wynikających z zasady proporcjonalności. Ponadto, przepisy ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz relewantne przepisy prawa procesowego wprowadzają – według stanowiska prezentowanego w orzecznictwie TK – dostateczne mechanizmy ochrony interesów rzeczywistego właściciela nieruchomości.

W świetle powyższego na przeszkodzie do przyznania ochrony wynikającej z rękojmi użytkownikom wieczystym stoi jedynie reguła wyrażona w art. 232 k.c. Sąd Najwyższy podjął próbę jej zharmonizowania z ujęciem skutków prawnych nabycia użytkowania wieczystego w wyniku działania rękojmi. Stwierdził, że „[e]kspozowanie w obecnym obrocie prawnym zasady ochrony osób trzecich działających w dobrej wierze i zasady bezpieczeństwa tego obrotu sprzyja postulatowi intensyfikacji ochrony prawnej użytkownika wieczystego działającego w zaufaniu dla treści księgi wieczystej. Wyrazem takiej intensyfikacji jest przyjęcie koncepcji interpretacyjnej, która zakłada wystąpienie dwóch zasadniczych skutków prawnych działania rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych, tj. nabycia prawa użytkowania wieczystego od nieuprawnionego (skutek podstawowy) i nabycia

prawa własności tej nieruchomości przez Skarb Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego [sic!] (skutek wtórny). [...] Uzyskanie własności przez Skarb Państwa stanowi zatem wtórny i niesamodzielny (bo pochodny) skutek służący zapewnieniu jak najpełniejszej ochrony prawnej osobie trzeciej (nabywcy użytkowania wieczystego), działającego [sic!] w zaufaniu do treści wpisu do księgi wieczystej”.

Należy z pewnymi zastrzeżeniami zaaprobować powyższe stanowisko Sądu Najwyższego. Zabrakło w nim jasnego odniesienia do kwestii ważności umowy o oddaniu w użytkowanie wieczyste gruntu nienależącego do Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. Umowa ta jest umową rozporządzającą⁷. Skoro dopiero w ramach działania rękojmi Skarb Państwa nabywa własność nieruchomości, to umowa o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste nie wywoła skutków prawnych (zgodnie z zasadą *nemo plus iuris*). Gdyby uznać jednak, tak jak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 lipca 2000 r. IV CKN 67/00, LEX nr 520023, że umowa taka jako sprzeczna z art. 232 k.c. jest w świetle art. 58 § 1 k.c. nieważną czynnością prawną⁸, to nadal należy dopuścić ochronę z tytułu rękojmi. Jeśli bowiem wpis w księdze wieczystej odzwiercie-

dopiero w wyniku działania rękojmi zostaną pozbawione przysługujące im prawa rzeczowego lub których prawo zostanie obciążone. Rękojmia nie chroni więc właścicieli, użytkowników wieczystych, ale osoby, które działając w zaufaniu do treści księgi wieczystej liczą na nabycie tych praw. W niniejszym opracowaniu posługuję się jednak – podobnie jak Sąd Najwyższy – skrótem myślowym, pisząc o ochronie użytkownika wieczystego z tytułu rękojmi.

6 Zob. wyroki TK: z dnia 21 lipca 2004 r., SK 57/03, OTK ZU nr 7/A/2004, poz. 69 oraz z 20 kwietnia 2009 r., SK 55/08, OTK ZU nr 4/A/2009, poz. 50.

7 Zob. Z. Truskiewicz, *Użytkowanie wieczyste...*, s. 327.

8 Zagadnienie to analizuje B. Jelonek-Jarco, *Rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych*, Warszawa 2011, s. 396 i n.

dlałby rzeczywisty stan prawny, umowa byłaby ważna. Nieważność umowy w takim wypadku nie wynika zatem z przesłanek niezwiązanych z ujawnionym wpisem w księdze wieczystej (jak kwestia zdolności do czynności prawnych, formy itd.). Osoba działająca w zaufaniu do księgi wieczystej winna być więc chroniona (nawet pomimo przyjęcia, że umowa o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste była nieważna). Jak podniesiono w literaturze⁹, „z punktu widzenia istoty instytucji rękoi problem, czy użytkowanie wieczyste może być ustanowione na gruncie prywatnym, czy też nie, nie powinien mieć decydującego znaczenia. Winno liczyć się tylko to, czy podmiot wpisany do księgi wieczystej jako właściciel nieruchomości ustanowił prawo, które mógł ustanowić, gdyby był właścicielem”.

Należy jednocześnie zaaprobować pogląd, że warunkiem koniecznym ochrony na podstawie rękoi jest nabycie własności przez Skarb Państwa (jednostkę samorządu terytorialnego)¹⁰. Wynika to z konstrukcji prawa użytkowania wieczystego – będącego prawem, które za przed-

miot może mieć tylko grunt przysługujący Skarbowi Państwa (jednostce samorządu terytorialnego). Niedopuszczalne byłoby zaakceptowanie poglądu przeciwnego, że w wyniku działania rękoi dochodzi do powstania prawa użytkowania wieczystego na gruncie należącym do podmiotów innych niż określone w art. 232 k.c.¹¹

Pogląd prezentowany w komentowanej uchwale wywołuje pewne wątpliwości w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa (jednostki samorządu terytorialnego) za wywłaszczenie rzeczywistego właściciela¹². Nawet jeśli uzna się, że na skutek ważenia interesów użytkownika wieczystego i byłego właściciela nie można

przyznać temu drugiemu roszczenia o zwrot wywłaszczonej nieruchomości, to jednak nie ma wątpliwości, że przysługuje mu roszczenie odszkodowawcze. Pojawia się jednak pytanie o podstawę takiego roszczenia¹³.

Sąd Najwyższy stwierdził, że „skutek wtórny działania zasady rękoi nie eliminuje stanu bezprawności działania Skarbu Państwa w związku z przejęciem gruntu byłego właściciela”, a to umożliwia rzeczywistym właścicielom dochodzenie odszkodowania za utraconą własność na podstawie – jak się zdaje – przepisów regulujących odpowiedzialność deliktową państwa i jednostek samorządu terytorialnego (w szczególności art. 417¹ § 2 zdanie 1 k.c.¹⁴). Co więcej, mając na uwadze praktykę organów administracji publicznej i sądów administracyjnych, zaznaczył, że „w okolicznościach uzasadniających zastosowanie rękoi nie stwierdza się w postępowaniu administracyjnym nieważności określonej decyzji administracyjnej, lecz poprzestaje na konstatacji wydania takiej decyzji z naruszeniem prawa ze względu na wywołanie przez

9 Tak Z. Truskiewicz, *Użytkowanie wieczyste...*, s. 433, 434.

10 Odpada argument podniesiony przez Sąd Najwyższy m.in. w przywołanym już wyroku z dnia 18 lipca 2000 r., że zastosowanie rękoi prowadzi do powstania prawa sprzecznego z regułą wyrażoną w art. 232 k.c. Zob. też Z. Truskiewicz, *Użytkowanie wieczyste...*, s. 437–454.

11 Błędne byłoby także uznanie, że własność Skarbu Państwa – jako wtórny, niesamodzielny skutek działania rękoi – jest uzależniona od istnienia użytkowania wieczystego. Przyjmując, że rękoi działa, należy jednocześnie zaakceptować, że Skarb Państwa może doprowadzić do rozwiązania użytkowania wieczystego i przenieść prawo własności nieruchomości na rzecz innej osoby aniżeli tej pozbawionej własności w wyniku działania rękoi.

12 Wywłaszczenie należy tu rozumieć w kontekście art. 21 ust. 2 Konstytucji RP i znaczenia, które nadane zostało temu pojęciu w orzecznictwie TK. Zob. przywołane powyżej orzeczenie TK w sprawie K 6/05. Pojęcie to rozumiane jest szerzej, aniżeli na podstawie ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651, ze zm.; dalej: u.g.n.).

13 Skarb Państwa (jednostka samorządu terytorialnego), który nabędzie własność w wyniku działania rękoi (jako skutek nabycia użytkowania wieczystego), będzie odpowiadał – niezależnie od odpowiedzialności odszkodowawczej – z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia względem wywłaszczonego właściciela.

14 Taką podstawę uznał za właściwą SN w wyroku z dnia 6 kwietnia 2011 r., I CSK 684/09, Lex Polonica nr 2497394.

nią nieodwracalnych skutków prawnych”¹⁵. Sąd określił to jako „wtórny efekt decyzji nadzorczej [...] w postaci sanowania pierwotnej, wadliwej decyzji administracyjnej i stwierdzenia, że wytworzony przez tę decyzję stan prawnorzeczowy [zmiana własności gruntu] w sferze obrotu cywilnoprawnego może być definitywny”¹⁶. Prawną konsekwencją takiej „legalności następczej” jest przyjęcie, że „w wyniku działania rękoi wiary publicznej ksiąg wieczystych doszło do nabycia przez określony podmiot prawa użytkowania wieczystego na nieruchomości, stanowiącej – w chwili nabycia – własność Skarbu Państwa, a nie innego podmiotu”¹⁷.

Powyższy pogląd Sądu Najwyższego budzi uzasadnione

15 Art. 156 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.; dalej: k.p.a.).

16 Zob. przywołane przez SN orzecznictwo – w szczególności uchwałę SN z dnia 28 maja 1992 r., III AZP 4/92, OSNC 1992, nr 12, poz. 211.

17 Wtórny skutek działania zasady rękoi może pojawić się także – zdaniem SN – wówczas, gdy nie wydano decyzji administracyjnej, stwierdzającej nieważność decyzji pierwotnej i stanowiącej podstawę przejęcia nieruchomości przez Skarb Państwa, a nabycie użytkowania wieczystego nastąpiło na podstawie umowy zbycia tego prawa przez innego użytkownika wieczystego, który uzyskał to prawo *ex lege* (np. na podstawie art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym, Dz.U. Nr 65, poz. 385 ze zm.).

wątpliwości. Przede wszystkim – utrata własności nieruchomości jest tylko pośrednio związana z wydaną decyzją administracyjną, a wynika bezpośrednio z działania rękoi. W tym kontekście wątpliwe jest więc ustalenie, że zachodzi adekwatny związek przyczynowy między wydaniem decyzji, na podstawie której Skarb Państwa miał nabyć nieruchomość, a wyrządzeniem szkody w postaci utraty własności na skutek działania rękoi¹⁸. Ponadto – pozbawienie rzeczywistego właściciela przysługującego mu prawa do gruntu w drodze oddania go osobie trzeciej w użytkowanie wieczyste, gdy działa rękoi wiary publicznej ksiąg wieczystych, nie jest związane z wykonywaniem władzy publicznej, lecz z zarządzeniem państwowym lub samorządowym. Właściwą podstawą odpowiedzialności deliktowej winien być zatem art. 415 k.c. lub art. 416 k.c., a nie art. 417¹ § 2 zdanie 1 k.c.

Wątpliwości wywołuje także zestawienie działania rękoi z „wtórnym efektem decyzji nad-

18 Zob. przywołany już wyrok SN z dnia 6 kwietnia 2011 r. Sąd Najwyższy przyjął w nim – uwzględniając komentowaną uchwałę – że w takim przypadku adekwatny związek przyczynowy zachodzi. Alternatywną podstawą odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa (jednostki samorządu terytorialnego) mógłby być – jak się wydaje – analogicznie stosowany przepis 128 u.g.n., dotyczący odszkodowania za wywłaszczenie. Kwestia ta wymagałaby jednak odrębnego omówienia.

zorczej”. Zachodzi w tym wypadku bowiem błąd *petitio principii*. Po pierwsze, należy przyjąć, że uwagi Sądu Najwyższego dotyczą decyzji administracyjnych o charakterze konstytutywnym, czyli mających stanowić podstawę nabycia własności przez Skarb Państwa, a nie jedynie stwierdzać jej nabycie z mocy prawa¹⁹. Zdaniem Sądu Najwyższego nie stwierdza się nieważności takich decyzji o przejęciu z uwagi na działanie rękoi (dotyczy to sytuacji, gdy najpierw działa rękoi, a następnie organ wydaje decyzję nadzorczą). To prowadzi jednak do uznania, na skutek tzw. legalności następczej, że w chwili nabycia w drodze rękoi użytkowania wieczystego własność gruntu przysługiwała Skarbowi Państwa (jednostkom samorządu terytorialnego). Nie ma więc potrzeby sięgania do rękoi, gdyż osoba działająca w zaufaniu do księgi nabyła prawo od uprawnionego²⁰.

Ten problem moim zdaniem nie powstaje przy jednoznacznym przyjęciu, że chwilą nabycia własności przez Skarb Państwa

19 Może tu chodzić o różne tytuły nabycia własności prywatnej przez Skarb Państwa (jednostkę samorządu terytorialnego), tj. przede wszystkim z mocy prawa, na podstawie orzeczenia, czy też na podstawie czynności prawnej. Zob. Z. Truskiewicz, *Użytkowanie wieczyste...*, s. 429. Za SN ograniczam się do decyzji administracyjnych, które stanowiły podstawę nabycia własności przez Skarb Państwa.

20 Zob. Z. Truskiewicz, *Użytkowanie wieczyste...*, s. 440, 441; B. Jelonek-Jarco, *Rękoi...*, s. 406, 407.

(jednostkę samorządu terytorialnego) jest dopiero chwila, w której zadziałała rękojmia²¹. Wtedy nie ma też przeszkód, aby uznać konstytutywną decyzję o przejęciu za nieważną. Jeśli organ administracji publicznej miałby brać pod uwagę skutki działania przepisów o rękojmi w ramach badania negatywnej przesłanki stwierdzenia nieważności w postaci powstania nieodwracalnych skutków prawnych, to prowadziłyby to do paradoksu: niestwierdzenie nieważności decyzji oznaczałoby brak potrzeby sięgania do przepisów o rękojmi²².

Podsumowując, nie jest pożądana sytuacja, w której pozbawia się ochrony z tytułu rękojmi wia-ry publicznej ksiąg wieczystych użytkowników wieczystych. Tym bardziej że pozbawienie ich tej ochrony – nieuzasadnione aksjologicznie – prowadzi po-

średnio do pozbawienia ochrony także innych osób (np. wierzycieli hipotecznych, jeśli hipotekę ustanowiono na użytkowaniu wieczystym, które nie powstało). Zaaprobować należy koncepcję – zaprezentowaną przez Sąd Najwyższy – umożliwiającą nabycie użytkowania wieczystego w drodze rękojmi z jednoczesnym nabyciem przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego własności gruntu stanowiącego przedmiot tego użytkowania²³. Nie przekonuje jednak pogląd Sądu Najwyższego, że choć nabycie własności następuje nie na podstawie decyzji administracyjnej, lecz rękojmi, to właśnie z bezprawnością decyzji należy wiązać odpowiedzialność odszkodowawczą Skarbu Państwa (jednostki samorządu terytorialnego) za utratę własności przez rzeczywistego właściciela²⁴.

Opracował *Michał Kučka*

21 Tak też B. Jelonek-Jarco, *op. cit.*, s. 404, która wskazuje, że Skarb Państwa (jednostka samorządu terytorialnego) nabyla własność z chwilą dokonania wpisu w księdze wieczystej ze skutkiem od chwili złożenia wniosku o wpis prawa użytkowania wieczystego.

22 Inaczej przedstawia się sytuacja w wypadku decyzji deklaratoryjnych (stwierdzających jedynie przejęcie własności z mocy prawa). W takich sytuacjach możliwe jest stwierdzenie, że decyzja wywołała nieodwracalne skutki z uwagi na działanie rękojmi, gdyż sama decyzja nie stanowiła tytułu przejęcia własności i jej wtórna legalizacja nie wyeliminowała niezgodności wpisu w księdze wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym na chwilę oddawania gruntu w użytkowanie wieczyste.

23 Pogląd ten był prezentowany wcześniej w literaturze, zob. Z. Truszkiewicz, *Użytkowanie wieczyste...*, s. 443. Pogląd ten aprobuje B. Jelonek-Jarco, *Rękojmia...*, s. 401.

24 Na wadliwość tego rozumowania wskazuje następujący przykład: na skutek wadliwej decyzji została przejęta nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa, która – w wyniku komunalizacji – stała się własnością gminy. Za wydanie wadliwej decyzji powinien odpowiadać Skarb Państwa (zob. uchwałę siedmiu sędziów SN z 7 grudnia 2006 r., III CZP 99/06, OSNC 2007, nr 6, poz. 79), ale to gmina – nie wiedząc o wadliwości decyzji – ustanowiła użytkowanie wieczyste na tej nieruchomości. Utrata własności wiąże się zatem z działaniem gminy,

Uchwała pełnego składu Izby Cywilnej SN z dnia 31 marca 2011 r. (III CZP 112/10, OSNC 2011, nr 7–8, poz. 75)

1. Do roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej ostateczną decyzją administracyjną wydaną przed dniem 1 września 2004 r., której nieważność lub wydanie z naruszeniem art. 156 § 1 k.p.a. stwierdzono po tym dniu, ma zastosowanie art. 160 § 1, 2, 3 i 6 k.p.a.

2. Jeżeli ostateczna wadliwa decyzja administracyjna została wydana przed dniem wejścia w życie Konstytucji RP, odszkodowanie przysługujące na podstawie art. 160 § 1 k.p.a. nie obejmuje korzyści utraconych wskutek jej wydania, choćby ich utrata nastąpiła po wejściu w życie Konstytucji RP.

W komentowanej uchwale pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego rozstrzygnięta została sporna w orzecznictwie i literaturze kwestia obowiązywania w czasie art. 160 k.p.a. uchylonego przez ustawę z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2004 r. Nr 162, poz. 1692; dalej: ustawa nowelizująca). Przepis art. 5 ustawy nowelizującej, regulujący kwestie intertemporalne, nakazuje stosować art. 160 k.p.a. w brzmieniu obowiązującym

ale wadliwość decyzji – z działaniem Skarbu Państwa.

w chwili jego uchylenia do zdarzeń i stanów prawnych powstałych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej. Decyzja w sprawie stosowania art. 160 k.p.a. budziła jednak wątpliwości w tych stanach faktycznych, kiedy do wydania ostatecznej wadliwej decyzji administracyjnej doszło przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej, tj. przed 1 września 2004 r., a do stwierdzenia jej nieważności (na podstawie art. 156 § 1 k.p.a.) lub stwierdzenia wydania jej z naruszeniem prawa (na podstawie art. 158 § 2 w zw. z art. 156 § 2 k.p.a.) już po wejściu w życie ustawy nowelizującej. W zależności od poglądu różne było stanowisko co do dopuszczalności drogi sądowej w tych sprawach i początku biegu terminu przedawnienia roszczeń odszkodowawczych²⁵.

Rozważania należy zacząć od interpretacji pojęcia „zdarze-

nie”, którym posługuje się art. 5 ustawy nowelizującej. Kwestię tę rozstrzygnął SN, uznając, że decyzja nadzorcza nie jest elementem czynu niedozwolonego ani w świetle art. 160 k.p.a., ani w świetle art. 417¹ § 2 k.c. Odmiennego przyjęcia nie może uzasadniać konstrukcja zdarzenia złożonego, obejmującego obok decyzji wadliwej decyzję nadzorczą, ponieważ to nie decyzja nadzorcza jest źródłem szkody, lecz wadliwa ostateczna decyzja administracyjna. Do oceny skutków wydania wadliwej decyzji należy zatem zgodnie z art. 5 ustawy nowelizującej stosować prawo obowiązujące w chwili wydania tej decyzji, a nie dopiero decyzji nadzorczej.

Powyższe uwagi zostały przez SN uzupełnione o określenie, w jakim zakresie należy stosować art. 160 k.p.a. zgodnie z przywołanym przepisem intertemporalnym. Trzeba bowiem pamiętać, że art. 160 k.p.a. zawierał regulacje dotyczące odpowiedzialności deliktowej (określenie czynu niedozwolonego i koniecznych przesłanek odpowiedzialności oznaczonej osoby za wyrządzoną tym czynem szkodę poza wynikającymi z ogólnych przepisów o naprawieniu szkody), a także normował przedawnienie roszczenia odszkodowawczego (§ 6) oraz tryb dochodzenia tego roszczenia (§ 4 i 5). Sąd Najwyższy zwrócił w związku z tym uwagę, że na gruncie art. 160 k.p.a. należy odróżnić kwestie proceduralne (dochodzenie roszczeń przed sądami powszechnymi czy przed organami administracji)

od kwestii materialnoprawnych. Artykuł 5 ustawy nowelizującej dotyczy tych ostatnich, poddając ocenę tego, czy określone zdarzenie stanowi czyn niedozwolony i jakie przesłanki muszą być spełnione, aby oznaczonej osobie przypisać odpowiedzialność za ten czyn, oraz jaką treść ma mieć jej odpowiedzialność – przepisom obowiązującym w chwili nastąpienia rozpatrywanego zdarzenia. Jednocześnie SN słusznie uznał, że art. 5 ustawy nowelizującej ma zastosowanie również do normującego przedawnienie art. 160 § 6 k.p.a. Przyjęcie, że przedawnienie roszczenia o odszkodowanie rozpoczyna bieg od dnia, w którym decyzja wadliwa stała się ostateczna, byłoby bowiem niezgodne z założeniami przyświecającymi ustanowieniu przewidzianej w art. 160 § 1, 2 i 3 k.p.a. odpowiedzialności odszkodowawczej. Artykuł 5 ustawy nowelizującej nie znajduje z kolei zastosowania do trybu dochodzenia odszkodowania, unormowanego w art. 160 § 4 i 5 k.p.a. W tej kwestii miarodajne są zatem ogólne procesowe normy intertemporalne.

Z uwagi na powyższe Sąd Najwyższy doszedł do słusznej konkluzji, że w świetle art. 5 ustawy nowelizującej do ostatecznych decyzji administracyjnych wydanych przed 1 września 2004 r., których nieważność lub wydanie z naruszeniem prawa stwierdzono po tym dniu, stosować należy nie tylko art. 160 § 1, 2, 3, lecz także art. 160 § 6 k.p.a. Brak jest jednak podstaw do stosowania do tych decyzji przepisów art. 160 § 4 i 5

25 W razie przyjęcia, że do przedstawionych stanów faktycznych stosuje się w zakresie przedawnienia nie art. 160 § 6 k.p.a., lecz przepisy kodeksu cywilnego, należałoby liczyć termin przedawnienia od dnia wydania ostatecznej wadliwej decyzji. Artykuł 160 § 6 k.p.a. przewidywał z kolei korzystniejszy sposób liczenia terminu przedawnienia. Zgodnie z tym przepisem roszczenie o odszkodowanie przedawniało się z upływem trzech lat od dnia, w którym decyzja nadzorcza (stwierdzająca nieważność decyzji wydanej z naruszeniem art. 156 § 1 k.p.a. albo w której organ stwierdził, w myśl art. 158 § 2 k.p.a., że zaskarżona decyzja została wydana z naruszeniem prawa) stała się ostateczna.

k.p.a. W związku z tym właściwe do dochodzenia odszkodowania za szkodę wyrządzoną wadliwą decyzją administracyjną wydaną przed 1 września 2004 r. jest – bez względu na datę wydania ostatecznej decyzji nadzorczej – tylko postępowanie przed sądami powszechnymi. W rezultacie samo zdarzenie podlega prawu obowiązującemu w chwili jego nastąpienia, a dochodzenie roszczenia wynikającego ze zdarzenia następuje w później unormowanym postępowaniu. Warto zwrócić uwagę, że rozróżnienie tych dwóch aspektów i ich odmienne potraktowanie powoduje, że w wielu przypadkach dotychczasowe rozbieżności w orzecznictwie okazują się być tylko pozorne.

Do tego momentu stanowisko Sądu Najwyższego należy w pełni zaaprobować. Wątpliwości nasuwa jednak druga teza orzeczenia, zgodnie z którą w tych przypadkach, kiedy ostateczna wadliwa decyzja administracyjna została wydana przed dniem wejścia w życie Konstytucji, odszkodowanie przysługujące na podstawie art. 160 § 1 k.p.a. nie obejmuje korzyści utraconych wskutek jej wydania, choćby utrata nastąpiła po wejściu w życie Konstytucji RP. Wątpliwości te wynikają z orzeczenia TK²⁶, w którym Trybunał stwierdził, że art. 160 § 1 k.p.a. oraz art. 260 § 1 ordynacji podatkowej (ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r., tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., Nr 8 poz. 60 ze zm.) w części ograniczającej odszkodowanie

za niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej do rzeczywistej szkody, są niezgodne z art. 77 ust. 1 Konstytucji. Jednocześnie w drugim zdaniu wyroku TK wyraźnie zaznaczył, że dotyczy to szkód powstałych od dnia 17 października 1997 r., to jest od daty wejścia w życie Konstytucji RP.

Sąd Najwyższy – jak wynika z uzasadnienia – nie ma wątpliwości co do tego, że zamiarem TK było objęcie odszkodowaniem na podstawie art. 160 § 1 k.p.a. korzyści utraconych w okresie od 17 października 1997 r. na skutek wydania wadliwej decyzji, choćby jej wydanie nastąpiło przed tą datą. Wynika to – jak słusznie zauważa SN – z treści skargi i stanu faktycznego. Sąd Najwyższy nie podzielił jednak poglądu TK i uznał, że żądanie odszkodowania za utracone korzyści, będące wynikiem wydania wadliwej decyzji administracyjnej, możliwe jest tylko wtedy, gdy wydanie tej decyzji nastąpiło po wejściu w życie Konstytucji RP. Powstaje w związku z tym pytanie, czy Sąd Najwyższy był uprawniony do dokonywania oceny stanowiska Trybunału i prowadzenia kontrargumentacji, która w rezultacie doprowadziła do interpretacji wyroku TK wbrew jego oczywistej intencji.

Przystępując do dalszych rozważań, stwierdzić w pierwszej kolejności należy, że pogląd SN o objęciu odszkodowaniem utraconych korzyści tylko wtedy, gdy wydanie wadliwej decyzji nastąpiło po dniu 16 października 1997 r., jest bardziej przekonujący.

Słuszna jest argumentacja Sądu Najwyższego, że zobowiązania z czynów niedozwolonych należy oceniać według przepisów obowiązujących w chwili zdarzenia. Koreluje to zresztą z treścią art. 5 ustawy nowelizującej. Pomimo tego przyjęcie przez Sąd Najwyższy odmiennego od Trybunału Konstytucyjnego stanowiska budzi wątpliwości.

Bezpośrednim skutkiem wyroku TK z dnia 23 września 2003 r. była zmiana legislacyjna w postaci usunięcia z art. 160 § 1 k.p.a. słowa „rzeczywistej”. Nie doszło zatem do wyeliminowania z systemu prawnego całego przepisu, ale normy prawnej. Wyrok ten należy w związku z tym zaliczyć do kategorii wyroków zakresowych, które dotyczą tylko fragmentu przepisu, jego określonego zakresu, a nie całości²⁷. Ich skutkiem może być zmiana legislacyjna w postaci skreślenia części przepisu (np. jednego słowa). Może być jednak i tak, że wyrok ten wyeliminuje pewną normę z systemu prawnego, nie powodując żadnej zmiany legislacyjnej²⁸. Z treści drugiego zdania wyroku TK i bezpośrednio z nim związanej części uzasadnienia, w oderwaniu od której nie można wyklądać wyroku, wynika jednoznacznie, że konsekwencją tego wyroku w sferze normatywnej

26 Wyrok TK z dnia 23 września 2003 r., K 20/02, OTK 2003, nr 7, poz. 76.

27 J. Dominowska, *Klasyfikacja orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 5, s. 38, 39.

28 A. Mączyński, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego* (w:) M. Zubik (red.) *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006, s. 121.

jest uchylenie z systemu prawnego normy uniemożliwiającej dochodzenia odszkodowania za utracone po wejściu w życie Konstytucji RP korzyści, będące konsekwencją wadliwej decyzji administracyjnej wydanej zarówno przed wejściem w życie Konstytucji, jak i po. Wydaje się zatem, że stosowanie art. 160 k.p.a. zgodnie z dokonaną przez SN autonomiczną wykładnią zdania drugiego omawianego wyroku TK doprowadzi w rezultacie

do stosowania uchylonej przez Trybunał Konstytucyjny normy prawnej.

Odnosząc się do powyższego, stwierdzić można tylko, że komentowane orzeczenie SN jest w zakresie, w jakim ogranicza możliwość żądania utraconych korzyści, wyrazem trwającego od jakiegoś czasu sporu kompetencyjnego między Sądem Najwyższym a Trybunałem Konstytucyjnym. Przyczyn tego sporu należy szukać w obawie Sądu Najwyższego

przed narzucaniem mu wykładni przepisów²⁹.

Opracowała *Katarzyna Pałka*

²⁹ W uzasadnieniu do komentowanej uchwały SN podkreśla, że „wyroki Trybunału Konstytucyjnego nie są źródłem prawa. Trybunał Konstytucyjny nie ma także kompetencji do udzielania w swych orzeczeniach wiążących wskazówek organom stosującym prawo”. Zob. także L. Garlicki, *Ewolucja pozycji ustrojowej Sądu Najwyższego (1989–2010)*, „Państwo i Prawo” 2010, z. 11, s. 15.

